

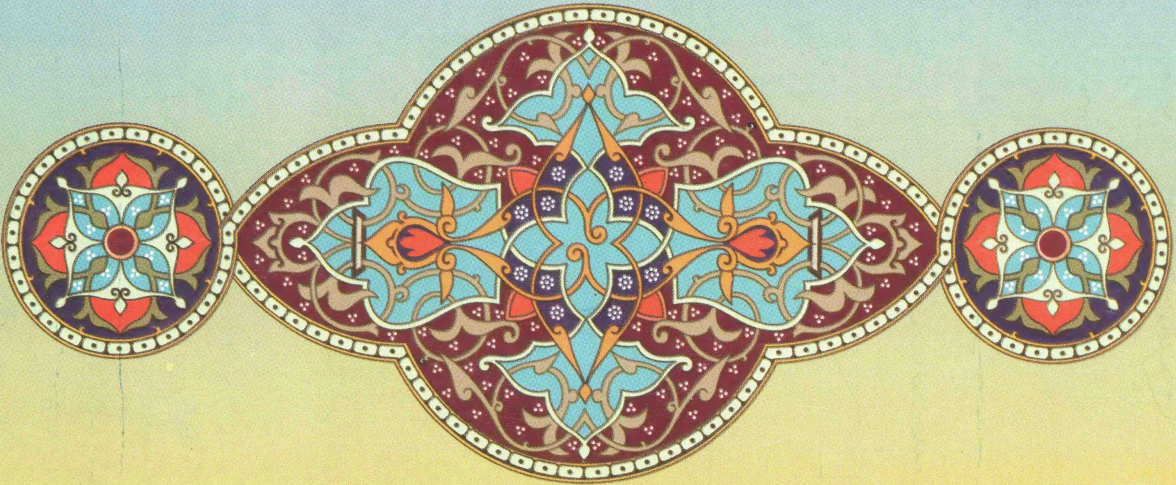


جمهورية مصر العربية
وزارة الأوقاف
المجلس الأعلى للشئون الإسلامية
لجنة إحياء التراث الإسلامى

أحلام السائى

تأليف

شرف الدين إسماعيل بن أبى بكر المقرئ
(المتوفى سنة ٨٣٧هـ)



تحقيق

الشيخ عبد العزيز عطية زلط

طبعة جديدة

القاهرة

١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

جمهورية مصر العربية
وزارة الأوقاف
المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية
لجنة إحياء التراث الإسلامي

أحلام السائى

تأليف

شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر المقرئ

(المتوفى سنة ٨٣٧هـ)

تحقيق

الشيخ عبد العيزر عطية زلط

الجزء الثانى

القاهرة

١٤٣٥هـ - ٢٠١٤م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

بجته إحياء التراث الإسلامى

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، أما بعد :

فهذا هو الجزء الثانى من « اخلص النأوى » للامام شرف الدين اسماعيل بن أبى بكر المقرئ (المتوفى سنة ٨٣٧ هـ) وهذا الكتاب من أهم الكتب المطولة فى فقه الشافعى رضى الله تعالى عنه .

والكتاب — كما قلنا فى الجزء الأول منه — شرح لكتاب : « ارشاد الغاوى فى مسالك الحاوى » الذى اختصره المقرئ من كتاب : « الحاوى الصغير » لنجم الدين عبد الففار بن عبد الكريم القزوينى (المتوفى سنة ٦٦٥ هـ) ، ثم رأى المقرئ أن هذا المختصر غامض ، لأنه أتى موجزا غاية الإيجاز ، فعاد وشرحه فى الكتاب الذى بين أيدينا الآن .

ويحتوى هذا الجزء الثانى على كل أبواب المعاملات ، كالبيع ، والسلم ، والقرض ، والرهن ، والحجر ، والصلح ، والحوالة ، والضمان ، والشركة ، والوكالة ، والإقرار ، والعارية ، والغصب ، والشفعة ، والقراض ، والمساقاة ، والإجارة ، والجعالة ، وأحياء الموات ، والوقف ، والهبة ، واللقطة .

ثم ينتقل الى الفرائض والموارث ، فيتحدث عن أبوابها المختلفة ، ويتناول مسائل الأكرية ، والعصبة ، والحجب ، والوصية ، ونحو ذلك .

ويختتم هذا الجزء بأحكام الفى والغنيمة ، وقسم الصدقات ، وحكم نقل الزكاة ، وما الى ذلك .

ومحقق هذا الجزء هو نفسه محقق الجزء الأول من الكتاب ، المرحوم الشيخ «عبد العزيز عطية زلح» ، وقد اجتهد رحمه الله فى تحقيقه اجتهاده فى الجزء الأول ، فقابل بين مخطوطات الكتاب ، وانتقى منها الصواب ، وضبط المشكل من الفاظه ،

وخرج الآيات القرآنية به ، وشيئا من الأحاديث التي أوردها المؤلف ، وحاول قدر
الطاقة أن يعالج غوامض النص ومشكلاته ، بالرجوع الى امهات كتب الفقه الشافعى
رضي الله عنه .

ولجنة احياء التراث الإسلامى ، حين تقدم هذا الجزء الثانى للقارىء الكريم ،
لندعو الله تعالى أن يتفهم محققه برحمته ، ويسكنه فسيح جناته . كما نرجو أن نجد
الامة الإسلامية فى هذا الكتاب العظيم ، بعض ما تبتغى فى الوصول الى حلول
للمشكلات الفقهية ، التى جاءت بها حضارة العصر الحديث . والله من وراء القصد .
ربنا لا ترغ قلوبنا بعد اذ هديتنا ، وهب لنا من لدنك رحمة انك انت الوهاب.

رئيس اللجنة

١. عبد المنعم محمد عمر

مقرر اللجنة

١. د. رمضان عبد التواب

القاهرة فى ١٤ جمادى الاولى ١٤١٠ هـ

الموافق ١٣ ديسمبر ١٩٨٩ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الربع الثاني من كتاب خلاص النأوى

فى ارشاد الغأوى الى مسالك الحاوى

البيع

وهو : (١) باب ، إنما البئع^(١) ، لا الضمئى ، بإيجاب كبعتُ شريتُ ملكتُ ، أشتري بكذا ، أو مع إن شئت .

أى اعلم أن البيع جائز بالكتاب^(٢) والسنة والإجماع ، وهو يفيد الملك بشروط ! وهو الإيجاب^(٣) وما يُذكر بعد ، فالإيجاب ، نحو بعت منك بكذا ، وكذلك شريت منك بكذا ، وهو بمعنى بعت لا بمعنى ابتعت بكذا ، وكذلك إذا قال اشتريت منى أو بع منى بكذا

(١) البيع يطلق على قسم الشراء ، فيحد بأنه نقل ملك بشئ على وجه مخصوص ، والشراء بأنه قبوله على أن لفظ كل يقع على الآخر ، وعلى العقد المركب من الإيجاب والقبول . وهو المراد هنا ، وهو مقابلة شئ بشئ ، وشرعاً : عقد يتضمن مقابلة مال بمال أو منفعة بشرطه الآتى : لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبده كبيع حق الممر ، فخرج أبدال المتلفات ونحو القرض ، ونحو بيع الكلب ، والنكاح ، والصلح عن دم ، والأجارة كما هو مبين فى الأصل ، وأركانه ثلاثة صيغة وعائد ومعقود عليه ، وبدأ بالأول لأنه الأهم للخلاف فيه ، ثم بالثانى لأن الفاعل مقدم على المفعول طبقاً .

(٢) من الكتاب قوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا الآية » ٢٧٥ من سورة البقرة . ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « البيعان بالخيار النخ » رواه مسلم والبخارى وأحمد بن حنبل ، ص ١٨٤ نيل الأوطار ، والإجماع منعقد على ذلك ، وحديث « إنما البيع عن تراض ص ١٣/٢ بلوغ المرام » .

(٣) من البائع ولو هزلا وهو ما دل على التملك دلالة ظاهرة وقبول من المشتري ، كما يأتى أما الضمئى منه ، وهو ما تضمن التماس العتق ، وجوابه ، كاعتق عبدك بألف . فيصح بلا صيغة فى اللفظ وإن كانت موجودة تقديرأ استغناء عنها بالانتماس والجواب ، فإذا قال اعتقه ، عتق عن الطالب ولزم العوض وكأنه قال بعنيه واعتقه عنى فأجابه بيمتك وأعتقه منك . ويشترط فى الملتبس الاختيار ، وعدم الحجر ، وإن أوم كلامه هنا خلافة ، اتكالا على ما يعلم منه فى باب الحجر والطلاق ولا يشترط فى الملتبس عتقه القدرة عليه ، فحينئذ يرجع التفسير فى قوله الآتى : يصح لغير الضمئى بالنسبة للشرط الثالث ، ف .

فإنه لا يكفي أن يقول المشتري اشتريت على الأصح حتى يقول البائع بعده بعثك ، وكذلك قول المشتري للبائع بعث بكذا ، وقوله في الحاوى إنما ينعقد البيع بإيجاب بعث واشتريت ، وملكت : فيه أمران : أحدهما أن البيع الضمني وارد عليه فإنه يحصل الإيجاب والقبول .

الثانى : أنه حصر الإيجاب فى هذه الألفاظ وليس بمحصر فيها بل يقع صريحاً بقوله وَلَيْتُكَ هذا العقد بكذا ، أو أَشْرَكَتْكَ معى فيه ، وَعَوَّضْتُكَ هذا بهذا ، أو صارفتك فى الصرف ، وبالعجمية أيضاً بل صحح النووى أنه ينعقد بكل مَا يَعُدُّهُ الناس بيعاً . قال وهو الذى اختاره ابن الصباغ^(١) ، والبغوى^(٢) والرويانى^(٣) ، وغيرهم ، ويشترط أن يجزم البيع ولا يعلق ، لكن لو قال اشتريت بكذا إن شئت ، فقال اشتريت صح ، لأن مشيئته من ضرورة العقد^(٤) .

وقوله : (وَقَبُولَ وَفُقَ الْمَعْنَى ، بلا فصل وتخلل لفظ أجنبي ، من مُتَصَدِّمٌ مَخْتَارٌ ، غير مَحْجُور ، ولو مع نفسه لطفله كقبلت ، ابتعت ، اشتريت تملكت ، يعنى ، ونعم منهما الجواب . بعث واشتريت^(٥) ولفظ هبة لا سلم) .

(١) راجع ص ٢١٢ من الربع الأول .

(٢) راجع ص ٢٧٠ الربع الأول .

(٣) راجع ص ٦٩ الربع الأول .

(٤) أى يشترط فى الإيجاب والقبول ويعبر عن ذلك بالصيغة - عدم التعليق وعدم التأقيت فلو قال : إن مات أبى فقد بعثك هذا بكذا لا يصح ، أو بعثتك بكذا شهراً لا يصح أيضاً ، لأن البيع يفيد نقل الملكية على التأييد والتأقيت ينافى التأييد / هـ .

(٥) فتقوم مقام القبول فتكون تارة قبولا ، وتارة إيجاباً ، فلو قال المتوسط للبائع بعث فقال نعم ، وقال للمشتري اشتريت فقال نعم ، وخرج بجواب ذلك . ما لو قال اشتريت منك فقال البائع نعم ، أو بعثك فقال المشتري نعم إذ لا التماس فلا جواب (ف) .

أى ولا يصح الإيجاب والقبول إلا من المتصدى ، للعقد ، وإنما قال المتصدى ، ليستفتى به عن قوله فى الحاوى^(١) : لا من وارث المخاطب ، ولأنه يدخل فيه قبوله من نفسه لطفه ، ويخرج به قبول الموكل أيضاً ، أما الوكيل ، بعد الإيجاب له ، وقبل القبول ، فإنه لا يصح قبوله ، والقبول كقبلت ، فإذا قال بعثك بكذا فقال قبلت ، حصل الإيجاب والقبول ، ويقوم مقام قبلت ، ابتعت ، وتملكت ، واشتريت ، وكذا إذا قال : وهبت منك هذا بألف انعقد بيعاً لا هبة على الصحيح - كما فى العزيز والروضة ، والمنهاج ، فى آخر الهبة ، فلو قال أسلمت إليك هذا الثوب فى هذا العبد ، لم ينعقد بيعاً ولا سلماً . وإن نوى البيع ، لأن السلم موضوع للدين ، ومقتضاه ينافى العين ، وإنما قال بلفظ الهبة ، ليخرج الألفاظ التى بمعناها ، كأعمرتك أو أرقبتك .

ويشترط أن يكون القبول وفق المعنى ، أى وفق معنى الإيجاب ، والموجب به ، فلو قال بعثك بكذا ، فقال أو تملك أو ابتعت أو رضيت ، جاز لأنه وفق معنى الإيجاب أيضاً . وأما وفق معنى الموجب به ، فقولك بعثك بألف دينار ، فقال اشتريت بألف مثقال . ولو قال بألف فقال اشتريت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة ، فهذا وفق المعنى فى الموجب به أيضاً فيصح . واستشكل التنصيف ، بحيث أنه أوجب بصفقة ، وقيل بصفقتين ، وصحح النووى فى شرح المذهب الجواز ، ويشترط أن يجيب بلا فصل طويل ، يخرج به عن المعهود

(١) وفى ح « والبيع بإيجاب بعت وشريت وقبول وإن باع مال الطفل من نفسه وعكسه لامن وارث المخاطب موافق فى المعنى بلا فصل » .

فى التخطب بلا كلام أجنى ، وإن لم يطل الفصل . وقد عد من القبول قول المشتري ابتداء يعنى نظراً إلى المعنى ، وكذلك لو قال اشترى منك هذا بألف ، فقال بعثك صح وكان قبولاً ، بخلاف ما لو قال قبلت ، هذا بألف ، فقال بعثك ، فإنه لا يصح ، لأن لفظة قبلت ، لا تستقل بنفسها . ولو قال المشتري أو المتوسط بينهما للبائع بعث بكذا فقال نعم تم الإيجاب ، فإذا قال البائع أو المتوسط اشترى فقال : نعم ، انعقد البيع ، ويشترط الإيجاب والقبول أيضاً من وليّ الطفل ، تولى طرفى العقد ، فإن باع ماله من ولده ، واشترى له من نفسه ، لم يصح حتى بالقبول والإيجاب ، ويشترط أن يكون القبول من المخاطب ، فلو مات المخاطب قبل وارثه لم يصح . ولو مات الوكيل قبل الموكل ، لم يصح أيضاً ؛ لأنه انعزل بالموت ، وكذا حكم مخاطبته ، والقبول من الموكل لا يستغل بيعاً ، على أن ابن الرفعة^(١) ، قال فى الموكل : إذا قبل بيعاً خطب به وكيله ، يظهر إن قلنا الملك يقع للموكل ابتداء - وهو الأصح - أنه يصح وإلا فلا : وهذا وإن سلم فالفرق ظاهر ، لأنه بالموت انعزل قبل قبوله فبطل خطابه ، وهنا لم ينزل قبل القبول ، مع أن نصوص جماعة فيها اشتراط وقوع القبول من المخاطب ، وقوله فى الحاوى^(٢) : وقبول إلى قوله الجواب بعث واشترى ، فيه أمران :

(١) راجع ص ٤٣ الربيع الأول .

(٢) وفى ح « وقبول وإن باع مال الطفل من نفسه وعكسه لامن وارث المخاطب موافق فى المعنى بلا فصل وتخلل كلام أجنى قبلت وايمت واشترى وتملكت وبغنى ونعم لجواب بعث واشترى .

أحدهما أنه أخرج بقوله لا من وارث المخاطب ، الوارث فقط ،
ولو أتى بلفظ يشتماه ويشتمل الموكل لكان أولى .

الثاني : أنه حصر القبول فيما عده ، ولو قال كقبلت لكان أولى
لأنهم نصوا ، على أن رضيت كقبلت ، قاله في البحر^(١) ، والقاضي^(٢)
الحسين . في كتاب الرهن ، وولّني ، وأشركني كبعني ، ويرد عليه
وهبتك هذا بألف فإنه بيع ، وأيضاً ، فالمختار أن كل ما عده الناس
قبولا ينعقد به البيع .

وقوله : (وبكناية بنية ، إن لم يجب إشهاد ، كخذه ، تسلمه مني
أدخلته في ملكك ، بكذا ، أو كتب^(٣)) .

أى وينعقد بالكناية أيضاً إذا نوى البيع ، ولم يتعرض في الحاوى^(٤)
للنية ، ولا بد منها ، والكناية كقوله . خذه مني بكذا ، أو باقى
الألفاظ ، المذكورة وما أشبهها . ولفظة بكذا متعلقة بجميع المسائل
المتقدمة ، وينعقد بالكتب مع النية ، فإذا وصل الكتاب وقبل المكتوب

(١) البحر للإمام الجليل أبو المحاسن الرويانى عبد الواحد بن اسماعيل بن أحمد صاحب البحر وأحد الأئمة في المذهب
ولد في ذى الحجة سنة ٤١٥ خمس عشر وأربعائة وتفقّه على أبيه وجده ببلده وعلى ناصر المروزى نيسابور ومحمد بن بيان
الكازرونى بميفارقين وكان يلقب بغفر الإسلام وله الجاه العريض في تلك الديار والعلم الغزير والدين المتين والمصنفات
السائرة في الآفاق والشهرة في المذهب بالحفظ ويضرب به المثل في حفظ المذهب وولى القضاء بطبرستان ورويان ودرس بنظامية
طبرستان ثم انتقل إلى أمل بلد أهله فأقام بها إلى يوم الجمعة حادى عشر المحرم سنة ٥٠٢ هـ فقتلته الملاحدة حسداً ومات شهيداً ،
ومن تصانيفه البحر وهو من أوسع كتب المذهب الشافعى إلا أنه عبارة عن حاوى الماوردى مع فروع تلقاها الرويانى عن أبيه
وحده ومسائل أخرى . وله « الفروق » و « الحلية » و « التجربة » والكافى وغيرها كثير ، ج ٤ / ٢٦٤ طبقات
الشافعية الكبرى .

(٢) راجع ص ٢٠٤ الريع الأول .

(٣) ح « وبالكناية خذه منى وتسلمه منى وأدخلته في ملكك وجملته لك بكذا » .

(٤) على غير المائع والهواء ، ولو من الجانبين ولو لحاضر على الأوجه ، وبشرط قبول المكتوب إليه ، حال
الاطلاع ، ويمتد خياره مادام في مجلس خيار قبوله ، ويمتد للمكاتب إلى انقطاع خيار صاحبه ف .

إليه عند قراءة الكتاب انعقد البيع ، ولم يُذكر الكَتَبَ في الحاوى ، ولو قال له : بَعْنِي فَقَالَ بَاعَكَ اللَّهُ فَكُنَايَةُ أَيْضاً ، واعلم أَنَّ البيع بالكناية لا يصح من وكيل أَمَرَ بِإِشْهَادٍ ، لَأَنَّهُ يُلْزِمُهُ ذَلِكَ ، وَلَا يُمْكِنُ الْإِطْلَاعُ عَلَى النِّيةِ وَهِيَ وَارِدَةٌ عَلَى الْحَاوِي أَيْضاً^(١) .

وقوله : (وَشُرْطُ إِسْلَامٍ ، لِتَمَلِّكَ مُسْلِمٍ ، وَمُرْتَدٌ^(٢) لَا يَعْتَقُ بِلُزُومِهِ ، وَمُصْحَفٌ وَحَدِيثٌ وَلَوْ ضِمْنًا) .

أى لا يشترط الإسلام في العاقد ، إلا فيما ذكره ، وهو ، إذا اشترى مصحفاً أو كتاباً من كتب الحديث أو التفسير : [وكذا]^(٣) كتب الفقه التى تضمنت الآيات والأحاديث على الصحيح ، وكذا إذا اشترى رقيقاً مسلماً ، وألحق به المرتد على الأصح ، لبقاء عُلُقَةِ الْإِسْلَامِ . نقل ابن^(٤) النحو بتصحيحه عن شرح^(٥) المذهب للنووى . ولو اشترى ذلك كافر لمسلم صح ، وإن لم يُسمَّه ، لا عكسه ، هذا إذا اشترى رقيقاً مسلماً لا يعتق عليه ، فإن كان يعتق عليه إما لكونه فرعه أو أصله لأنه يعتق قهراً أو لكونه أقرَّ بحريته ثم اشتراه لأنه يعتق بإقراره السابق ، وإن كان عتقاً ظاهراً ، وكذا لو قال كافر لمسلم ، اعتق عبدك عنى بَأْلَفٍ صَحَّ ودخل في ملكه ويعتق . فإن اشتراه بشرط الاعتاق لم يصح ، لكونه لا يعتق بمجرد دخوله في ملكه ،

(١) وفي « وبالكناية خذه منى وتسلمه منى وأدخلته في ملكك وجعلته لك بكذا » .

(٢) وخرج بالمرتد غيره كالمتنقل من دينه ، ويلزمه شراؤه بشرط العتق ، لأنه لا يعتق إلا بإنشاء وعق بعد الزوم ف

« فتح الجواد » هامش .

(٣) هذا اللفظ (وكذا) في مكانه من (ب) وساقط من (أ) .

(٤) راجع ص ١٧ الربع الأول . (٥) راجع ص ١٢ الربع الأول .

وقوله في الحاوى : (وإسلام من يشتري له المصحف والحديث ،
ومسلماً لا يعتق بعده فيه أمور) :

أحدها : أنه اقتصر على المصحف والحديث ، والصحيح الذى
قاله العراقيون أن كتب الفقه ونحوها المتضمنة الآيات والأخبار
النبوية ، حكمها .

الثانى : أنه لم يذكر المرتد ، وله حكم المسلم لبقاء علة الإسلام ،
الثالث : أن قوله لا يعتق بعده ، فيه تسامح ، ولو قال بلزومه
لكان أولى لأن للبائع الخيار فى المجلس .

بإرث ، وفسخ وكو أقالة) .

أى لا يمتنع ملك الكافر للمسلم والمصحف بالإرث ، لأنه ملك
قهرى ، ويتصور ملك الكافر للمصحف ، حتى يورث عنه ، بأن
يكتبه لنفسه ، وفى العبد ، بأن يملك كافراً^(١) [فيسلم] ثم يموت
السيد فيملكه وارثه ، ولا بالفسخ بالعيب والتخالف ، ونحوه لأن
الملك بالفسخ يقع ، وكذا لو تقابلا صح ورجع إلى ملكه ، على قولنا
إن الإقالة فسخ وهو الصحيح .

وقوله : (وكُلِّفَ رَفْعَ مِلْكِهِ ، ولو بكتابة ، فإن امتنع بيع ، ويده ،
عن نحو مدبر أسلم وما ارثهن وتاجر وصحاً ، كإيداع وإعارة) .

أى وإذا ملك الكافر مصحفاً ونحوه ، أو مسلماً لم يقر فى يده

(١) لفظ (فسلم) فى مكانه من (ب) وساقط من (أ) .

بل يؤمر بإزالة ملكه عنه ، ولا يُهَان مسلم بملك كافر ، فإن فقد من يشتريه بثمن المثل وُضع عند عدل واستكتب له ، ولا يزول ملكه عنه بمجرد الإسلام ، بخلاف الزوجة إذا أسلمت . فإنه يزول نكاح الكافر ، لأن البُضع لا يَقْبَل النقل من شخص إلى شخص ، وسواء أزاله بعثق أو هبة أو بيع ، ولا يكفي الرهن والإجارة ، والتزويج ، والحيلولة ، وتكفي الكتابة على الأصح عن بَيْعِهِ بآعِهِ الحاكم ، ويؤمر برفع يده ، عن المدبر والمستولدة ، ولا يؤمر ببيع المدبرة ، وإن كان يصح بَيْعُهُ ، لما فيه من إبطال حقه من العتق ، وهذا إذا أسلم مدبراً ، فإن كلفناه رفع يده عمن أسلم ، فدُبِّرَهُ بعد الإسلام لم نَقْنَعْ بذلك على الأصح بل ينقض التدبير ويباع ، وإذا استأجر الكافر مسلماً أو ارتنه صح ويرفع يده ويوضع عند عدل ، ويؤجر المؤجر ، وَيُسْتَكْسَبُ^(١) وتجاوز إعاره المسلم من الكافر ، أو إيداعه معه .

وقوله : (وَقَبْضَ لَهُ حَاكِمٌ ، مُشْتَرَاً أَسْلَمَ)^(٢) .

إى وإذا اشترى الكافر ، كافراً فأسلم ، لم يكن له قبض فيقبض له الحاكم ، ويباع عليه على ما ذكرناه .

وقوله : (وَإِنَّمَا يَصَحَّ ، فِي طَاهِرٍ^(٣) ، أَوْ يُطَهَّرُهُ غَسْلٌ نَافِعٌ ، شَرْعاً ،

(١) في (ب) ويستكتب من الكتابة ، أى يكتب لخلاص من السيد الكافر ، والاستكتاب كما في (أ) فهو جعل العبد المسلم كسواً بالإجارة أو الصناعة أو نحوها . خلاص من ولاية الكافر عليه / م .

(٢) فإن تأخر تدبيره عن إسلامه كلف بيعه والمعلق عتقه بصفة كالمُدبر على الأوجه (ف) .

(٣) شروع في شروط المبيع ، وهو أن يكون طاهراً متطهراً به ولو مآلاً ، لعاقده عليه ولاية بملك أو وكالة ، مقدوراً على تسلمه ، معلوماً للعاقدين عيناً وقدرأ وصفه ، حذراً من الفرار ، وقد ذكر المؤلف محترز هذه الشروط / م .

وَأَنْ أُجَرَّ كَحَقِّ مَمَرٍ وَمَسِيلٍ مَاءٍ وَبِنَاءٍ وَعَلَى سَقْفٍ ، وَبِهِدْمِهِ يَغْرُمُ ،
لفرقة ، ومع أرش ، بعد بناء .

أى لا يصح البيع إلا فى مبيع طاهر العين ، أو متنجس ، يطهر
إذا غسل ، فلا يصح بيع العين النجسة ، كالكلب والخنزير وجلد الميتة
ولا يبيع متنجس لا يطهر بغسل ، كالمائعات التى تقع فيها النجاسة ،
وقوله بغسل احتراز مما يطهر بالدباغ ، والاستحالة ، ولا يصح إلا فيما
ينتفع به ، فيبطل بيع الحمار الزَّمن^(١) ، ونحوه مما لا ينتفع به ، ويصح
بيع العبد الزَّمن لعنقه ، والطفل والجحش الصغير لرجاء الانتفاع ،
وكذا بيع ما ينفع قليله ويضر كثيره كالسقمونيا ، والأفيون . ويشترط
أن يكون النفع مباحاً ، فلا يصح بيع الملاحى كالزمار والطنبور ونحوه
وإن عُدَّ رضاؤها مالا إذ ليس بمقصود^(٢) ، وكذلك الأصنام والصور ،
وإن كانت من جوهر ولو زادت قيمة الجارية بالغناء لم يضر ، وصح
شراؤها بالزيادة ، ككَبْشِ النطاح وديك الهراش^(٣) . ويصح بيع
آنية الذهب والفضة كما نقله النووى عن القاضى^(٤) أبى الطيب
الطبرى . والفرق أن الصنعة فى الزمار ونحوه مُحَرَّمَةٌ بخلاف صنعة
الأواني فإنها مباحة ، فغلب فيها النظر إلى المصنوع . ويكره بيع نحو
شطرنج ، وأما النره فكالزمار إلا إن صلح لبنادق الشطرنج . ويجوز
بيع لبن الآدميات والماء المملوك على شط النهر ، والتراب ولو فى

(١) الزمن : هو الزمان والزمان آفة فى الحيوانات وهى : العادة (السان) .

(٢) أى للشارع فنفته غير مرادة للشارع لما فيها من العبث والله ونحوهما / م .

(٣) الهراش : المشاجرة مع مثله وتكون فى الكلاب ونحوها (السان) . وقال الجوهري : الهراش المهارشة

بالكلاب وهو تحريض بعضها على بعض .

(٤) راجع ص ١٧٠ الربيع الأول .

الصحراء ، والحجارة في الجبل ، إذ سهولة تحصيلها لا يقدح في كونها نافعة^(١) ، ويصح بيع العين المؤجرة من المستأجر وكذا من غيره على الأصح ، لأن البيع في الرقبة ، ولا تنفسخ الإجارة ، فترك في يد المستأجر ، إلى انقضاء المدة . وللمشتري الخيار ، إن جهل فإن أجاز فلا أجره لتلك المدة ، ومن أمثلة المنتفع الذي يجوز بيعه حق الممر ، وحق مجرى الماء ، وحق وضع الجذوع على الجدار ، وحق البناء ، على الأرض وكذلك على السقف ، وإنما مثل بها ، لأن تملكها على التأييد مستغرب ، وهو بيع مشوب بإجارة على الأصح لكونه مؤبداً واردة على المنفعة لا تملك به عين ، وإذا اشترى حق البناء على السقف ، استحق به وضع البناء والسكنى ، فإذا هدم البائع وغيره الجدران التي يبنى عليها قبل البناء ، أو هدم السقف بعده دون البناء غرم للفرقة ، لأنه حال بينه وبين الانتفاع ، وإن هدم الجدران بعد البناء لم يجبر على إعادتها ، ولزم الأرض^(٢) مع قيمة حق البناء ، فإذا أعاد الجدران والسقف استرد ما غرم لحق البناء ، لا أرش الهدم .

وقوله : (لَا بَيْعُ هَوَاءٍ ، وَحَبْتِي بُرٌّ ، وَسَبْعٌ لَا يَنْفَعُ ، وَبَيْتٌ بِلَا مَمَرٍ) .

أى لا يصح بيع الهواء ، بلا قرار ، وهذا وما بعده أصله لما ينتفع به ، ولم يعدلوا الانتفاع بالهواء في إشراع الجناح مقصودا ، ولا يصح

(١) ونفعها مقصود «مباح شرعاً» .

(٢) الأرض : دية الجراحة . وأصله الفساد . يقال : أرشت بين القوم تأريشاً أفسدت بينهم ثم استعمل في نقصان الأعيان ، فيقال لما يدفع بين السلامة والعيب في السلعة أرض . والأرض من أسباب الخصومة بين البائع والمشتري (اللسان والمصباح) .

بيع حَبَّتِي بَرٌّ ونحوه ، واعترض القُونَوِي على صاحب الحاوى^(١) في التمثيل بحبة بَرٌّ وقال لو مثَّلَ بحبتين لكان أولى لاشتغالها على الحبة ولا عكس ، وإن انتفع بذلك في الفخ ، أو بإضافة مثله إليه ، سواء كان زمن رخص أو غلاء ، وكذا الحبتان من الزبيب إلا الثمرة ، ولو غصبهما أثم ، ووجب ردهما ، لا الغرم أن تلفتا ، ولا يصح أيضاً بيع السباع كالأسد والنمر والذئب ، وإن اتَّخَذَهُ الملوِك للهيبة والسياسة ، فإن ذلك ليس نفعاً مقصوداً ، ولا يصح بيع الحشرات أيضاً كالديدان والجعلان والعقارب ونحوها ، وكذلك الطيور التي لا منفعة فيها كالجدأة والغراب ، بخلاف ما يصطاد به منها ومن السباع كالصقور التي تصطاد والبزاة والفُهود ، ويصح بيع الطاووس للونه ، والعندليب لصوته ، والغُبار لأنه يقاتل عليه ، وَالْهَرَّةُ لنفعها ، والقرد لقبوله التعليم ودودة القز ، وكذا العلق^(٢) لامتناع الدم ، ولا يصح بيع بيت لا ممر له ، لكونه محفوفاً بأملك غير المشتري ، وقيل إن أمكنه تحصيل ممرٌ جاز .

وقوله : (مَقْدُورٌ تَسْلِيمٌ ، أَوْ تَسَلُّمٌ مَغْضُوبٌ ، وَآبِقٍ ، فَإِنْ عَجَزَ أَوْ جَهِلَ ، خَيْرٌ ، لَا طَيْرٍ سَائِبٍ غَيْرِ نَحْلٍ ، وَلَا جُزْءٍ مُعَيَّنٍ نَقَصَ فَضْلُهُ) .

أى ويشترط أن يكون المبيع مقدورا على تسليم البائع أو تَسَلُّمٍ

(١) في ح « في متفع به شرعاً وإن أجز لحق الممر ويمجرى الماء والبناء على السقف ويهدمه يفرم للفرقة الا الهواء بلا أصل وحبة بر » .

(٢) العلق شئ أسود يشبه النود يكون في الماء (المصباح) .

والمشتري عالم بمكانه قادر عليه فإنه يصح بيعه ، فإن باعه ممن يقدر المشتري إياه عند عجز البائع بأن كان مغضوباً أو آبقاً^(١) على سيد ، على انتزاعه وهو جاهل ، فله الخيار ، وكذلك إذا كان عالماً قادراً ثم طرأ عجز ، فإن له الخيار ، وما سوى ذلك مما لا يقدر عليه ، لا يصح بيعه . فأما الطير ، فإن ضمه بُرْجُ نظرت ، فإن كان واسعاً لا يوصل إليه إلا بتعب ، فالأصح أنه كالسائب . وإن كان سائباً نظرت ، فإن كان نَحْلاً صح على الأصح ، لأن إطلاقه من ضرورة ملكه ، بخلاف الطير ، فإنه يعيش محبوساً ، لأن الوثوق بعوده أكثر ، وأما غير النحل فلا يجوز بيعه سائباً ، ولا يجوز بيع جزء عَيْنِهِ من سيف أو إناء ، أو ثوب نفيس ينقص بفصله قيمة المفصول أو قيمة المفصول منه كنزع خشبة من سفينة ودار استثنى منها بيتاً وبقي ممر فيبيع الدار بنقص قيمة البيت ، ولا يصح بيع الدار . وإن أمكنه فتحه إلى شارع أو إضافته إلى بيت فلا ينقص . وقوله في الحاوي : مقدور التسليم لا حمام البرج الخارج . وَبَعْضُ مُعَيَّنٍ ينقص بالفضل : فيه أمور :

أحدها : قوله مقدور التسليم ، يرد عليه بيع المغضوب ، والآبق الذي يقدر المشتري على تسلمه ، فإنه يصير بذلك مقوراً على تسلمه ، فلا يصح إلا بذكرهما^(٢) ، جميعاً ، لكونه قد صرح^(٣) بالحكم في

(١) آبق العبد آبقاً : إذا هرب من سيده من غير خوف ولا كد عمل . (المصباح) .

(٢) أى بذكر المغضوب والآبق كما ذكره المؤلف بقوله : مقدور تسليم أو تسليم مغضوب وآبق . م/ .

(٣) وفيه « والمغضوب والآبق إلا أن يقدر المشتري على قبضه . وغير إن جهل أو عجز » .

موضع آخر فلو ذُكِرَ متصلاً بالحد^(١) كان استدراكاً تَمَّ به الحدُّ .

الثاني : أنه خصص الحمام وخصص ما له بُرْج ، والظاهر أنه أراد بذلك إدخال ما سواه من الطير من طريق الاولى ، لكنه يرد عليه النحل ، فالأصح جوازه خارج الجبله .

الثالث : وبعضُ مُعَيَّنٍ يَنْقُصُ بالفصل ظاهره - إن لم ينقص بالفصل ونقص غيره أنه لا يصح كذلك ، بل يشترط ألا ينقص به المبيع ولا الباقي منه ، فلو قال بعض معين نقص فصله لعمهما .

الرابع : أنه يرد عليه البيع الضمّنى فى المغصوب والآبق ، وذلك أنه يصح فيها على الأصح تبعاً للعتق ، ولا يرد على الإرشاد ؛ لأنه أخرج الضمّنى أولاً ، ثم تكلم على غيره .

وقوله : (وَجَانٍ فى رَقَبَتِهِ مال ، لم يختر فداءه ، كعتق معسر له ، وإيلاده ، ما لم تعدّ) .

أى وإذا جنى الرقيق جنابة توجب المال نظرت ، فإن تعلق بذمته صح بيعه ، وإن تعلق برقبته نظرت ، فإن اختار السيد فداءه صح بيعه ، وإلا بطل كما إذا عتق^(٢) السيد المعسر هذا الجانى ، فإنه يبطل ، وكذلك لو كان هذا الجانى أمةً فاستولدها السيد المعسر ، فإنه يبطل إلا فى الاستيلاد ما لم يملكها خالصة الرقبة من المال ، سواء فداها

(١) أى تعريف المقدور على تسلمه بأن قال كما قال المؤلف « مقدور تسليم أو تسلّم مقصوب الخ » ، لكنه ذكر حكم المغصوب والآبق بعد ذلك بقوله والمغصوب والآبق إلا أن يقدر الخ . م /

(٢) عتق العبد عتقاً من باب ضرب وعتاقاً ، ويتمدى بالهزمة فيقال : أعتقته فهو معتق .

أو بيعت في الجناية ثم عادت على المذهب ، وإن أوجبت الجناية القصاص صح البيع والعتق ، وفهمت أن من تعلق برقبتة مال ولو دَانِقًا^(١) بجناية أو سرقة أو إتلاف عمدًا أو خطأ ، فإنه لا يصح بيعه ، وقوله في الحاوى ، وجاز تعلق الأَرَش^(٢) برقبتة كإعتاق المعسر وإيلاده فيه أمران :

أحدهما : الذى جزم به فى العزيز^(٣) ، والروضة^(٤) ، ونقلاه عن صاحب^(٥) التهذيب أن بطلان بيعه إنما هو إذا لم يَخْتَر السيد فداءه ، فإن باعه بعد اختياره الفداء صح .

الثانى : قوله : كاعتاق المعسر ، وإيلاده مقتضاه أن الاستيلاد يبطل البيع والعتق وذلك وجه ضعيف ، والمذهب أنه لا يبطل ، بل حق المجنى عليه مقدم فيها ، فإن تعلقت الجناية بالرقبة بطل من المعسر العتق ولا يبطل حكم الاستيلاد ، بل إذا بيعت ثم عادت إلى ملكه عاد الاستيلاد على الأظهر .

وقوله : (من ذى ولاية ، وإن جهل ، فيبطل تصرف فُضُولٍ ، فى عين وذمة لغيره) .

أى : ويشترط لصحة البيع وقوعه من ذى ولاية يملك ، أو إذن ونحوه ، وإن جهل . فلو باع مال أبيه على ظن أنه حى فبان

(١) الدائق معرب وهو سدس درهم .

(٢) أنظر ما سبق (حاشية ٢ ص ١٤) .

(٣) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

(٤) راجع ص ٣٤

(٥) هو الحسن بن مسعود الفراء البغوى راجع ص ٢٧٠ الربع الأول .

مَيْتًا ، صح البيع على الأصح ، أو باع عبده على ظنه آبقا ، فبان أنه رجع ، صح . وإذا باع الفضولى^(١) مال غيره ، أو اشترى بغيبته لم يصح على الجديد ، ويجوز بالقديم ، ويوقف على رضى المالك والعمل على الجديد ، وكذلك لا يملك التصرف فى ذمة الغير بغير إذنه . فإذا قال : اشتريت لفلان بألف فى ذمته ، بغير إذنه لغا ، قال ، الْقَوْنَوَى ، وإن كان ، قول الحاوى : بِعَيْنِ مَالٍ غَيْرِهِ ، قد يوهم غير ذلك وإنما قال ذلك ، لأنه لم يتعرض للذمة .

وقوله : (معلوم عَيْنٍ ، وَمَمَرٌ خُصَّصَ ، أو كصاعٍ من صُبْرَةٍ ، لا صُبْرَةٍ إِلَّا صَاعًا قَبْلَ كَيْلِهَا) .

أى ويشترط أن يكون المبيع ، معلوم العين للعاقدين جميعاً ، إلا فيما يذكر . فلا يصح بيع عبد من عبيد وثوب من ثياب . فإن باع ذراعاً من أرض ، أو ثوب مجهول الذراع ، بطل ، أو معلومه صح . ونزل على الإشاعة إِلَّا إِنْ أَرَادَ التَّعْيِينَ ، فإن اختلفا ، فقال البائع أردت معيماً ، فالعقد باطل ، أو قال المشتري أردت مُشَاعاً فالعقد صحيح ، فوجهان ، رجح النووى قول البائع ، لأنه أعرف بنيته . وإذا باع داراً محفوفة بأملاكه نظرت ، فإن اشترط المشتري ممراً من جانب ، ولم يُعَيَّنْ فيه بطل البيع ، وإن عينه صح ، وإن كان متصلاً بملك المشتري أو شارعاً لم يكن له المرور - مِلْكٌ^(١) البائع - إِلَّا أَنْ قَالَ بِحَقْوَقِهَا ، وإن باع صاعاً من صُبْرَةٍ معلومة الصيغان صح ،

(١) الفضولى من يتولى عقد البيع وليس بمالك ولا وكيل ولا مأذون له فى البيع أو الشراء وفيه الأقوال الثلاثة للشافعى كما ذكره الشارح / م .

لأن الباقي بعد المستثنى معلوم القدر ، وإن كانت مجهولة ، لم تصح لجهالة عين المبيع وقدره ، وقوله في الحاوى : معلوم العين والممر^(١) : مقتضاه ، أنه لو باع داراً محفوفة بأَمْلاكه ، وأطلق ولم يبين الممر ، أن العقد باطل ، والأصح الصحة كما بيناه ، ويستحق المرور إليها ، وإنما البطلان إذا اشترط له ممراً ، من جانب مخصوص ، ولم يُعَيَّن .
وقوله : (وَقَدَّرَ فِي ذِمَّةٍ ، كَصُبْرَةٍ بِعَشْرَةٍ ، فَإِنْ عَلِمَ تَحْتَهَا دَكَّةٌ ، بَطَلَ ، وَإِنْ جَهِلَ خَيْرٌ) .

أى إذا كان المعقود عليه فى الذمة ، اشترط معرفة القدر ، وأفهمك بذلك ، أنه لا يشترط معرفة قدر المعين ثمناً كان أو مثمناً فقوله كَصُبْرَةٍ بعشرة ، مثال للمعين ولما فى الذمة . وإن كان تحت الصبرة دكة ، أو اختلف طرف السمن^(٢) ونحوه دقة وغلظاً ، نظرت . فإن علم بذلك أو شرط ، وكبيع ما لم يره ، فلا يصح على الأصح ، لأنه يمنع تخمين القدر فلا يفيد العيان . وإن جهله صح على الأصح . ويثبت له الخيار . وكذا إذا علم أن تحتها انخفاضاً ، ويصح أن يشتري بصبرة من الدراهم ، لكن العقد على الصبرة مكروه للمجازفة^(٣) .

وقوله : (أَوْ كُلُّ صَاعٍ بِدَرَاهِمٍ ، لَا مِنْهَا ، أَوْ بِعَشْرَةٍ ، كُلُّ صَاعٍ بِدَرَاهِمٍ ، إِنْ اتَّفَقَا) .

(١) أى أن الشارع ملك البائع وليس للمشتري حق المرور فيه فلا يصح البيع إلا إذا نص على حق المرور للمبيع كما أشار إلى ذلك بقوله إلا إن قال بمقوقها ، / م .

(٢) يقصد سلك الصبرة دقة وغلظاً ، وطولاً وقصرأ وانخفاضاً وارتفاعاً ، / م .

(٣) وكثرة ما فى من الغرر ، والسلامة فى عد المعلوم ، ووزن الموزون وكيل المكيل وزرع المزروع ، فينبى الغرر بذلك ويصح البيع / م .

أى إذا قال بعتك هذه الصبرة ، كل صاع بدرهم صح ، فإن الثمن - وإن كان مجهولا حال العقد - إلا أنه مضبوط بما يوصل إلى نفى الغرر ، ولو قال بعتك منها كل صاع بدرهم لم يصح ؛ لأنه ببيع بعضٍ يحتمل القليل والكثير ، وكذا إن قال بعتك كل صاع من الصبرة على الأصح ، لأن لفظة (من) : هنا تحتمل التبيين والتنقيص ، وذلك غرر . فإن باعه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم ، نظرت ، فإن كانت عشرة لا غير صح ، وإن كانت أقل أو أكثر ، لم يصح ، لتعذر الجمع بين ما فصل وأجمل .

وقوله : (وبطل بيع عبديهما بألف ، أو أحدهما بحصته منه) .

. أى إذا باعا ، ووكلا رجلا في بيع عبديهما - ولا شركة - بألف ، لم يصح بالجهل حصة كل واحد . وكذا لو باع أحدهما عبده بحصته من الألف لو وزع عليهما ، أما لو باع . عبديه بألف ، فإنه يصح . ولا يضير الإفضاء إلى الجهالة بتقدير موت أحدهما قبل القبض ، لأنه يحتمل في الدوام مالا يحتمل في الابتداء .

وقوله : (مرئى ، لا لشراء نفسه ، وكفى صوان ، وبغض دل ، لا قبل بظن تغير ، وأن ادعاه حلف وخير) .

أى وإنما يصح في ظاهر ، مرئى ، فلا يصح بيع ما لم يره المتعاقدان أو أحدهما ، لما فيه من الغرر ، فإن أجر الأعمى نفسه أو اشتراها صح ، لأنه لا يجهل نفسه ، ويكفى رؤية الصوان ، الخلفى على التمر ونحوه ، وهو ما اعتيد إبقاؤه لصلاحه ، وإن كان

لا يدل على الصفة ، كقشر الرمان ، والبيض ، والقشرة السفلى لنحو الجوز واللوز . ولا يصح بيع اللب منه ، لأنه غير مرئى ، والصوان المرئى غير مبيع . ويكفى رؤية بعض المبيع الذى يدل بعضه على ما فيه كظاهر الصبرة من الحنطة والشعير ، والجوز واللوز ، والسمن وسائر المائعات من أعلى الظرف . والحنطة من الكوة فى بيت مملوء طعاماً ، مع العلم بعمقه وسعته ، وكذا إذا أخرج فى كفه أنموذجاً ثم رده فيه أو أدخله فى العقد لأنه بذلك يكون قد رأى فى بعض^(١) المبيع ، فإن لم يفعل لم يصح البيع ، لأنه ما رأى المبيع ولا شيئاً منه . وأما نحو الرمان والسفرجل ، والثياب ، لا تكفى إلا رؤيتها واحدة واحدة بعد نشر الثوب ورؤيته ، وجهى ذى الوجهين وسواء رآه حالة العقد ، أو قبله فى مدة لا يغلب تغيره فيها ، فإن طالّت المدة ، وظن تغيره ، أو كان يسرع إليه الفساد ، لم يصح . فإن ادعى المشتري أنه تغير ، صدق أنه تغير بيمينه وإن قربت المدة وثبت له الخيار .

(١) فى بعض المبيع ما يدل على المبيع والشرط كما قال : رؤية المبيع أو شيئاً منه يدل عليه ففعل رأى حذف اختصاراً دل عليه قوله بعد : لأنه ما رأى المبيع ولا شيئاً منه / م .

بيع الربوى

وقوله : (في مَطْعُومَيْن ، وجَوْهَرَيْنِ ثَمَنِيَّة ، غالباً بحلول وتقابض في مَجْلِسِ خِيَارٍ ، وبجِنْسِهِ بعِلْمٍ تساوٍ في مَكِيلٍ عَهْدِهِ ، عليه السلام كيلا موزونة ، ثم أكبر من تمر وزناً ثم عادة البلد) .

أى : إنما يصح البيع لما ذكرناه ، في غير الربويات ، وأما في الربويات ، فإن العوضين إذا جمعتهما عِلَّةٌ واحدة فإن كانا مطعومين ، أو من جَوْهَرَيْنِ الثَّمَنِيَّةِ ، نظرت ، فإن اختلف بَأَنُّ باع البرّ بالشعير ، والدخن بالذرة وباع الذهب بالفضة ، اشترط مع الشروط المتقدمة الحلول والتقابض في المجلس قبل أن يتفرقا أو يتخيرا ، وذلك مجلس الخيار ، سواء باع أحدهما بعين الآخر ، أو في الذمة . فإن أجل أو تفرقا أو تخير قبل التقابض بطل العقد . وإن كان العوضان من جنس واحد ، كالبرّ بالبرّ ، والذرة بالذرة ، والذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، اشترط مع ذلك أيضاً ، أن يتساويا في المكيل كيلا ، والموزون وزنا . والأصل في ذلك حديث^(١) عباد بن الصامت « لا تبيعوا الذهب بالذهب

(١) الدخن : حب معروف . الحبة دخنة (المصباح) .

(٢) حديث عباد بن الصامت رواه مسلم وأحمد والنسائي وابن ماجة وأبو داود ص ١٩٣ ج ٥ نيل الأوطار ، وهو يشير إلى شروط بيع الربوى من جنسه والربوى بالربوى من جنس آخر فإن بيع الربوى بجنسه له ثلاثة شروط الحلول والتقابض والمائلة (النسوى) وأما إذا بيع بغير جنسه كالذهب بالفضة والبر بالشعير فله شرطان الحلول والتقابض ولا تشتط المائلة وهى التساوى في المقدارين ، م / .

ولا الورق بالورق ، ولا البر بالبر ، ولا الشعير بالشعير ، ولا التمر بالتمر ، ولا الملح بالملح ، الا سواء بسواء عينا بعين^(١) . يدا بيد ، ولكن بيعوا الذهب بالورق ، والورق بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر ، والتمر بالملح ، والملح بالتمر كيف شئتم ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى .

واتفق الجمهور على أن غير ما ذكر مقيس على ما ذكره ، والعلة فيما عداه من المطعومات ، الطعم على الجديد من قولى الشافعى رحمه الله تعالى ، لأنه فى بعض الروايات علّق الحكم بالطعام ، والحكم إذا تعلق بمشتق ، كان معللا بما منه الاشتقاق ، كالقطع والجلد المعلقين بالسارق والزانى ، وفى القديم . اعتبر الكيل أو الوزن مع الطعم ، والعمل على الجديد ، فيدخل فيه كل مطعوم من مأكول ومشروب ، حتى الماء ، لأنه مطعوم لقوله تعالى : (وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي)^(٢) ولا فرق بين ما يؤكل قوتا وتفكها ، وتداويا ، نادراً كان أو غالباً . والطين الأرمنى دواء ، فهو كالأهليلج^(٣) دون الطين الذى يُسَفَّهُ آكله ، وكذلك دهن الكتان ، ودهن السمك ، لا ربا فيه ، لأنهما يُعَدَّانِ للاستصباح ، والسغن ، لا للأكل ، بخلاف

(١) هذه الفقرة (يدا بيد ولكن بيعوا الذهب) ساقطة من (أ) وفى مكانها من (ب) وهى من تمام حديث عبادة بن الصامت ولفظه عند أحمد ومسلم « عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » ص ١٩٣ - ٥ نيل الأوطار ط (١)

(٢) آية (٢٤٩) من سورة البقرة .

(٣) لفظ معرب وهو بكسر الهاء واللام الأولى وفتح اللام الثانية وقيل بفتح اللامين وسكون الياء ويستعمل فى التداوى

البنفسج والورد ، لأنه يتخذ منه للشم^(١) وإنما لا يؤكل ضنة به والحيوان لا يؤكل حيا ، فليس بربوى فقد^(٢) اشترى ابن عمر بغيراً ببعيرين بأمره صلى الله عليه وسلم « وأما الذهب والفضة ، فَعِلَّتُهُمَا صلاحية ، الثمنية ، غالبا ، والعبارة ، تشتمل التبر ، والمضروب ، والحلى والأواني المتخذة منها ، ولا يراد ثمن حلى ، لأجل صنعته ، من جنس الحلى ، وإنما قال غالباً لتخرج الفلوس وإن راجت لانتفاء الثمنية الغالبة ، ولم يذكر في الحاوي^(٣) لفظة غالبا ، قال القونوى ، وقد يوهم مخالفة المصنف للرافعى في إسقاط هذا القيد ، أنه يختار جريان الربا في الفلوس ، إذا راجت وهو وجه ، صرح الرافعى بأنَّ الأصح خلافه انتهى . والظاهر أنه لا يوهم ذلك ، لإضافة الجوهرين إلى ما فيه الألف واللام للعهد ، فلا فائدة للتعريف إلا تخصيص الغالب ولا غالب إلا هذين ، وإن راجت الفلوس في بعض البلاد ، رواجها ، فقد أخرجها بذلك ، نعم لو قال بجَوْهَرِيٍّ ثَمَنِيَّةٍ ، كما في الإرشاد ، لكان إخراجها يحتاج أن يقول غالباً والله أعلم . فقد علمت بما ذكرناه ، أنه يجوز أن يسلم ثوباً في ثوبين ، وكذلك ما أشبهه ، إذا فقدت علة الربا ويشترط في الربوى ، العلم بالتماثل حال العقد ، وإن كان في أحد العوضين ، المكيلين ، وإن لم يعلم المماثلة وكذا إذا كان في أحد

(١) في الأصل : « لأنه يتخذ من السسم » ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢) وما روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه باع جملاً يدعى عصفير بعشرين بغيراً إلى أجل رواه مالك في الموطأ والشافعى في مسنده ص ٣٠٤ - ٥ نيل الأوطار ، وما روى عن عروة البارقي رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً يشتري . . الخ ص ٢٤ - ٣ بلوغ المرام

(٣) وفي ح « وفي مطعومين وجوهري الثمنية بالحلول والتقايض في المجلس قيل التخاير ويحسنه الخ .

الموزونين - لا المكيلين - قليل تراب . وتعتبر المماثلة^(١) في المكيل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالكيل ، وفي الموزون على عهده بالوزن ، فلا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنا ، ولا بيع سمن جامد بمثله كيلا ، ولا ذائباً بمثله وزناً على الأصح ، والملح مكيل ، فإن كان قطعاً كبيراً وُزن كالذهب والفضة . وما لم يرد في كونه ، مكيلاً أو موزوناً ، نص ، وجب أن ينظر ، فإن كان فرق التمر في الجرم فالوزن ، وإلا فعادة بلد البيع على الأصح ، وقد أطلق في الحاوي^(٢) اتباع العادة ، والذي نقله في العزيز والروضة^(٣) عن المتولى وقررا ما ذكرناه .

وقوله : (فيبطل بيع صبرة بصبرة ، لا مكيلة وتساويا ، أو صغرى بكيلا من كبرى ، ولو تفرقا قبل كيل بعد تقابض الكل وكذا في موزون) .

أى : لا يصح بيع صبرة بصبرة جزافاً ، وإن خرجتا متساويتين . من اشتراط العلم بالمماثلة حال العقد ، فإن باعها مكيلة بأن قال : بعثك هذه الصبرة بهذه الصبرة ، مكيلة أو كيلا بكيل ، صح ، إن خرجتا سواء ، وإن تفاضلتا بطل . لأنه باعه الكل بالكل ، وإن باعه صبرة صغيرة بكيلا من كبرى جاز ، لتماثل العوضين ،

(١) يشير بذلك إلى حديث « ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المكيل مكيال أهل المدينة والوزن وزن أهل مكة » رواه أبو داود والنسائي ص ١٩٨ - ٥ نيل الأوطار .

(٢) وفي « ويجنسه بالعلم بمماثلة مكيال عهد النبي صلى الله عليه وسلم بالكيل وموزونه بالوزن وعادة بلده حيث لا نقل » .

(٣) صاحب التتمة راجع ص ٩٣ الربع الأول .

فإن تكايلاً في المجلس وتقابضاً صح ، وما زاد في الكبيرة على الصغيرة فهو لصاحبه . وكذا إذا تقابضاً الجملتين وتفرقا قبل الكيل في المسألتين جميعاً ، قلت في العزيز والروضة ، كما في الحاوى^(١) ، وقد استشكل من حيث أنهما قالا ، في باب حكم المبيع قبل القبض : إذا اشترى صبرة مكايلة ، ولا يكفي للقبض ما سبق ، بل لابد من الكيل ، فيقال : وإذا كان القبض قبل الكيل لا يكفي ، فلا يخفى أن القبض فاسد ، بل قد صرحوا بفساده فكيف صح هنا ، وترتب عليه حكم القبض ، وليس بمشكل ، لأنه أراد لا يكفي بجواز التصرف فيه ، وإنما الإشكال عندى ، التصريح فيما بيع مقدراً بفساد قبضه جزافاً مطلقاً ، وإشكاله من حيث أن جميع ما يتوقف عليه قبض المبيع يحصل بقبضه^(٢) جزافاً لا التصرف فيه قبل التقدير المنهى عن بيع الطعام حتى تجزى فيه الصّيعان^(٣) ، فيجوز التفرق بعد قبض الجزاف ، في الربوى . وسقط بقبضه حق الحبس والضمان على البائع ، وبتلف من ضمان المشتري ويستقر به العقد ولا يفسخ بتلفه . نعم للبائع المطالبة بتمييز حقه ، كالمشترك ، فلو كان البائع قد اكتاله لنفسه ، والمشتري حاضر ، وقبض بذلك الكيل لم يكن كافياً ، لجواز التصرف فيه ، ولم يكن للبائع المطالبة باسترداده ، لأنه ضرر . وللمشتري الاستبداد بكياله لنفسه . فبان أن الفساد في

(١) ح « أو صبرة بكيالها من صبرة كبيرة وإن تفرقا قبل الكيل والوزن بعد تقابض الجملتين . حال الكال » .

(٢) هذه الفقرة (يحصل بقبضه جزافاً . . .) ساقطة من (أ) مع وجودها في مكانها من (ب) .

(٣) الصاع : مكيال لأهل المدينة يأخذ أربعة أمداد (يذكر ويؤنث) فن أنت قال : ثلاث أصوع مثل ثلاث أدور .

ومن ذكره قال أصواع مثل أثواب . وقيل جمعه أصوع وأصواع وصيعان . والأمداد : جمع مد . والمد : ضرب من المكاييل وهو ربع صاع وهو قدر مد النبي صل الله عليه وسلم والصاع خمسة أرتال (اللسان) .

حق جواز التصرف فقط ، والحكم في الصبرة من الموزون ، كالحكم في الصبرة من المكيل فلو باع صبرة دراهم ، بصبرة دراهم موازنة ، وتساويا ، أو بوزنها من أكبر منها ، صح .

وقوله : (وَيُغْتَبَرُ حَالُ الْكَمَالِ ، كَلْبَنِ سَمْنٍ وَمَخِيصٍ صِرْفٍ ، وَزَبِيبٍ وَتَمْرِ بَنَوَى ، وَعَصِيرٍ كُلِّ مَطْعُومٍ وَالْخَلِّ بِلَا مَاءٍ ، وَجَافِ حَبٍّ ، وَلَحْمٍ بِلَا عَظْمٍ ، وَجَوْزٍ وَلَوْزٍ ، وَلُبَّيْهَا وَوُدْهِهَا ، لَا سَائِرَ أَحْوَالِهَا) .

أى : وحيث اشترط في الربوى الماثلة ، فإنما يعتبرها حالة الكمال وقد يكون حالة تهيؤته لكثرة الانتفاعات ، وقد يكون حالة تهيؤته للاذخار ، فاللبن كامل لفوات معظم منافعه ، وبفوات هيئته ، وحامضه كحلوه ، فيجوز بيع الحليب بالحامض كيلا ، وإن تفاوتتا بالوزن ، وكذلك السمن كامل والمخيض الصِّرفُ كامل ، وهو الذى لا ماء فيه ، فلا يجوز بيع المخلوط بالماء بمثله وكذلك التمر والزبيب حالهما كحال الكمال ، فلا يباع رطب برطب ، ولا عنب بعنب . ولا منزوع النوى منها بمنزوعه ولا بغير منزوعه . ويباع عصير قصب السكر وعصير الرمان وعصير العنب وعصير الرطب وسائر المطعومات من الفواكه كل بمثله لأنه في حال كمال ، وكذلك خل عصير العنب والرطب وسائر الفواكه الذى لا ماء فيه . وما لا يجف من الثمار لا يجوز بيع بعضه ببعض . فلا يباع الثمر إلا بمثلها بعد الجفاف . وكذلك الحبوب يشترط جفافها . وكل دهن من الحبوب والجوز واللوز ونحوها كامل ، يجوز بيع بعضه ببعض . كذلك ما ربي بالطيب ، كالدهن من الورد ونحوه ،

ولا يَضُرُّ ما ربي به سمسمه ، واللَّحْمُ بعد الجفاف ، ونَزَعَ العظم^(١) كاملٌ أيضاً ، وما جرت العادة بتجفيفه من الثمار منزوعة النوى كالشمش والخوخ جاز بيع بعضه ببعض كذلك ، ويشترط أيضاً الجفاف في الجوز واللوز ولُبُّهُما ، ويجوز بيع كل منهما بمثله . ويشترط أن يتناهى ، جفاف اللحم وما يوزن بخلاف التمر ، وما يكال ، لا ربا في رطوبة المكيل ، لا يظهر في الكيل ، وقليل الرطوبة تظهر في الوزن . ولا يجوز بيع شيء مما ذكرناه بما يخرج منه ، إذا لم يكن ربويا ، كالنخالة من البر ، لأنها ليست مأكولة ، فيجوز بيعها بالبُرِّ ، والمراد بالحب الجاف كالحنطة والشعير والذرة والسمسم . ونحو ذلك ، لأن ذلك حالة كماله ، ولا يجوز المقلّى منه بمثله ، ولا بغير المقلّى منه والمبلول ، كذلك ، ويباع المشوش الذى لم يبق فيه شيء من اللب متفاضلا ، لأنه حينئذ ، ليس مأكولا ، وسائر أحوال ما ذكرناه ، إذا انقلبت إليها ، لا يجوز بيع بعضه ببعض . وقال في الحاوى : والجوز واللوز وزنا ، واعترض عليه ابن النحوى^(٢) ، وقال فيه أمران :

الأول : هذا إذا كانا جاقين ، وهذا لا يرد عليه ، لأنه قد شرط في الحبوب والثمار الجاف .

الثانى : أن اللوز يكال^(٣) ولا يوزن وهذا هو الصحيح ، فاعتراضه في موضعه .

(١) هذه اللفظة « العظم » ساقطة من (١) مع وجودها في (ب) .

(٢) راجع ص ١٧ الربيع الأول .

(٣) بمض البلاد تبينه موزوناً وفي عصرنا الآن إنه يباع موزوناً وقد تقدم أن الحكم فيه العرف عرف البلد الذى يبيعه / م .

وقوله: (كدقيق ، ومتأثر بنارٍ ، لا لتمييز ، كسكر ، لا عسل كالسلم) .

أى لا سائر أحوالها كالدقيق والسويق ، وما تقدم بيانه ، ولا معروض النار ، والمراد ما يؤثر فيه النار ، فعقده أو يطحنه كالسكر ، والفانيد ، واللبن المغلى ، واللحم المشوى ، والخبز ، لا يجوز بيع بعضه ببعض ولا أن يسلم فيه ، لأن عمل النار فيه يختلف ، واكتفى بذكره هنا ، فلم يذكره فى السلم ، فإن عرض عليها للتمييز والتصفية كالسمن من الروب^(١) ، والعسل من الشمع ، لم يضر ، ولا يجوز بيع الشهد ، بالشهد ولا بالعسل ، لعدم التماثل ، ويجوز بيع الشمع بالعسل ، لأن الشمع غير ربوى .

وقوله: (إلا العرايا فى رطب وعنب ، بشجرة ، خرصاً بجاف ، كيلا فيما دون خمسة أوسق ، لا أكثر فى عقد) .

أى ويستثنى مما لا يجوز بيع بعضه ببعض ، العرايا ، لما صح « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم . رخص فى بيع العرايا^(٢) ، وصورته ، عند الشافعى رضى الله تعالى عنه ، أن يبيع مقداراً مخصوصاً بطريق

(١) الربوب : اللبن الرائب . والفعل : راب اللبن يروب روبا ورموبا : خثر وأدرك فهو رائب . وقيل الرائب : الذى يخفض فيخرج زبده (اللسان) .

(٢) روى الشيخان عن سهل بن أبي حشمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص فى العرايا أن تباع بخرصها يأكلها رطباً » وقيس العنب على الرطب بجامع أن كلا منهما زكوى يمكن خرصه ويدخر يابسه . وحديث سهل متفق عليه ص ٢٠٠ - ٥ نيل الأوطار .

الخرص ، من الرطب ، والعنب ، على رأس النخل والكرم ، بالتمر والزبيب على وجه الأرض كيلا ، والاختصاص له بالمحاصيل ، على الأظهر ، والعُرْيَة في اللفظ النخلة ، التي يُقَرَّبُها الرجل من جملة نخله أى يستثنىها ويُفَرِّدها وخصَّ به الرطب والعنب ، أما الرطب ، فللنص وألحق به العنب ، بتسوية بينهما ، لكثرة الحاجة إليهما ولذلك خصص ثبوت حق الفقراء فيهما ، من الزكاة ، وإنما خصَّ العقد ، فيما دون خمسة^(١) أوسق لأن تقدير ذلك ورد في حديث أبي هريرة ولو خففه ، فنقص كيلاه عن خرصه نقصاً أكثر مما يتفاوت بين الكيلين بان بطلان العقد . وقوله في الحاوى^(٢) : والعرايا في الرطب والعنب على الشجرة والتمر والزبيب على الأرض ، ولا عكسه ، ولأن الكل مكيل ، ولا مخروص ولا التمر والزبيب مكيلان ، والرطب والعنب مخروصان ، ولا عكسه ، وقد بين ذلك كله في الإرشاد .

وقوله : (وَمُخْتَلِفًا اسم أو أَصْل ، جنسان ، فَلَبَنُ ضَأْن لا بَقَرٍ جنس ، وبطيخٌ وهندى جنسان ، كزيت ، وزيت فجلٍ) .

أى اعلم أنه لما ذكر امتناع بيع الربوى بجنسه متفاضلا ، وجوازه في غيره ، وكانت الأجناس قد تشبه ، ضبطها بما ذكره ، وهو أن المختلفان في الأصل - وإن كان الاسم واحداً - أو في الاسم - وإن كان الأصل واحداً - أجناس ، فالأول كالبطيخ اسم للأصفر والأخضر ،

(١) ولو اشترى أكثر من خمسة أوسق في عقدين فأكثر جاز / ٨ .

(٢) وفيه « والعرايا في الرطب والعنب دون نصاب الزكاة في الجاف رخصة لا الزائد في عقد . وماخالف غيره في اسم أو اصل غير جنسه » .

وهو الهندي ، وأصلهما مختلف ، وكذلك زيت الزيتون وزيت الفجل ، ولحم الإبل والبقر والغنم كلها أجناس ، لاختلاف أصولها ، لا لحم الضأن والمعز ، ولبنهما ، والثاني . كالقلب والكبد والكروش والطحال ، والآلية والرئة كلها أجناس ، لاختلاف الاسم - وإن اتحد الأصل - والطيور ، والسموك^(١) ، والأدقة ، والخلول ينظر فيها إلى اختلاف الاسم والأصل ، أيضاً ، وقس على ذلك ، وقوله في الحاوي : كالسكر والنبات والطيور رَدُّ ، أعلم أن ذكره هنا ، يوهم جواز بيع بعضه ، ببعض ، وليس كذلك ، لكونه معروضاً على النار ، ولو كانا جنسين لجاز بيع أحدهما بالآخر ، مع انعقاده .

وقوله : (وَبَطَلَ عَقْدٌ ، فِي طَرَفَيْهِ ، جِنْسٌ رَبَوِيٌّ ، يُقْصَدُ فِيهِمَا أَوْ فِي طَرَفٍ شَيْءٍ آخَرُ ، وَلَوْ نَوْعُهُ ، مَقْصُودًا أَوْ ضَمْنِيٌّ ، كَبَارِزٍ بِطَرَفٍ ، لَا بِهِمَا) .

أي ويبطل العقد الواحد إذا جمع ، جنسا ربوياً ، في طرفيه ، وهما العوض والمعوّض ، وشيئاً آخر ، في الطرفين أو في طرف ، سواء كان ذلك الشيء جنساً ربوياً أو غيره ، وسواء كان ذلك من نوع ذلك الجنس أم لا ؟ فمثال العقد الذي في طرفيه ، جنس ربوي وشيئاً آخر ، ربوي في الطرفين ، مُدُّ عجوة ودرهم بمد عجوة ودرهم ، ومثاله في طرف مد عجوة ودرهم بمد عجوة ، ومثاله في الشيء غير الربوي ، في الطرفين ، أو في طرف مد عجوة وثوب أو بِمُدِّي عجوة ، واحترز بقوله : أولاً في طرفيه ، جنس ربوي ، يقصد مما إذا باع

(١) جمع السمك : سماك وسموك .

صاع بُرٍ بصاع شعير أحدهما حبات من الآخر ، فإنَّ ذلك لا يضر ، مع أنَّه قد جمع جنساً ربوياً في الطرفين وشيئاً آخر ، لأنَّ الحبات غير مقصودة بالعقد فلم تؤثر . وكذلك لا يجوز إذا كان الشيء الآخر من نوع ذلك الجنس ، كمُدَّ عجوة ، ومُدَّ صيحاني^(١) ، لم يضر ، لأنَّهما ، جنس واحد ، وكذا لو كان في أحدهما حبات من الآخر ، لأنَّها غير مقصودة بالعقد ، فلو باعه مد عجوة بمدى صيحاني وعجوة لم يجز ، لأنَّ كلا منهما مقصود بالعقد ، والرديء والجيد كالنوعين ، وكذا الصحاح والمكسر إذا اختلفت قيمتهما ، والأصل في ذلك حديث^(٢) فضالة « أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، عام خيبر بقلادة من خرز وذهب ابتاعها من رجل بتسعة أو بسبعة دنانير ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا حتى تميز بينه وبينه ، فقال إنما أردت الحجارة فقال : لا حتى تميز بينهما » . والعلة في ذلك أنه إذا اشتمل العقد على تخلفتين أحوج إلى التوزيع وعبارة القيمة ، والتوزيع هنا توجب المفاضلة أو الجهل بالمماثلة ، فإذا باع مدأ ودرهما بمدين ، فالدرهم إما أن يكون قيمة المد ، أو أقل أو أكثر ، فإن كان أقل أو أكثر وقع التفاضل ، فإن كان قدر قيمته فالتساوى غير محقق لأنَّ التقويم تخمين ، يصيب ويخطئ ، والمعتبر في الربوى المماثلة الحقيقية ، ولهذا المعنى بطل في مد ودرهم بمد ودرهم ؛ لأنَّ المعاوضة

(١) الصيحاني : ضرب من تمر المدينة وقال الأزهري : الصيحاني ضرب من التمر أسود صلب المضنة . وسمى صيحاناً لأن صيحان اسم كبش كان ربط إلى نخلة بالمدينة فأثمرت ثمراً صيحانياً فنسب إلى صيحان .

(٢) حديث فضالة رواه مسلم والنسائي وأبو داود والترمذي وصححه ، وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها من رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حتى تميز بينه وبينه ، فقال إنما أردت الحجارة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حتى تميز بينهما قال فردده حتى ميز بينهما رواه أبو داود ص ١٩٦ - نيل الأوطار .

بين المجموعتين ، لا بين كل وجنسِه ، وذلك يوجب التقويم ،
ويوقع في التخمين وكل ذلك داخل في قوله وشيء آخر ، أما لو قال
بعثك مدأ بمد ودرهما بدرهم فإنه يصح ، لكنه يخرج عن مسألتنا ،
لأن العقد يتعدد بذلك ، ولا بطلان ، إلا إذا جمعهما عقد . وأما الشيء
الضمنى ، فإذا كان في الطرفين لم يضر ، كبيع سمس بسمسم ، وشاة
بشاة ، لا لبن فيهما ، وإن كان في طرف كبيع شيرج بسمسم ولحم
وشاة لم يجز ، لأنه بيع دهن بدهن وكُسْب ، وبيع لحم بلحم وجلد
وقلب وكبد وغيره ، وقوله : في الحاوى^(١) : وإن جمع عقد جنساً
ربوياً ، إلى قوله بطل فيه أمور .

أحدها : وإن جمع جنساً ربوياً ، واختلاف الجنس ، فاللام في
الجنس للعهد ، ويؤيده قوله بعد والنوع ، ولا يمكن حمله لغير ذلك
الجنس الربوى الذى تقدم ذكره وإذا كان كذلك علمت أن مسألة ،
القلادة الواردة في الحديث غير مذكورة فيه ، لأن الخرز ليس ربوياً

الثانى : أنه يلزم من قوله : وإذا جمع جنساً ربوياً ، في طرفيه ،
اختلاف الجنس ، أنه لو باع صاع بُرٌ بصاع شَعِيرٍ وفي أحدهما
حبات من الآخر أنه لا يجوز ؛ لأنه جمع جنساً ربوياً في طرفيه ،
 واختلاف الجنسین وهو جائز ؛ لأن من شروط ذلك الجنس أن يكون
مقصوداً ، وهو قد خصص اشتراط تمييز النوعين ، .

الثالث : قوله : واختلاف الجنس والنوع مع تمييز أحد النوعين

(١) وفي ح « وإن جمع عقد جنساً ربوياً في طرفيه ولو ضمنا في طرف لافيهما واختلاف الجنس والنوع مع تمييز أحد
النوعين عن الآخر ، لا إن باع دارا بذهب فظهر فيها معدن الذهب أو باع داراً بدار فيها بُر ماء لخب » .

عن الآخر ، يقضى بأن غير المميز لا يضر مطلقاً ، وليس كذلك بل إذا كان المختلط غير المقصود ، فإن كان مقصوداً بالعقد ، كمد من عجوة من صيحاني وعجوة ، لم يجز . فلو شرط عوض التمييز أن يكون مقصوداً لكان أشمل ؛ لأن التمييز لا يدخل في العقد ، حتى يقصد ، فاشتراط القصد يشمل المميز ، والكثير المختلط لا يشملهما .

وقوله : (وَصَحَّ بَيْعُ دَارٍ ، وَبِكُلِّ بَيْتٍ مَاءٍ ، أَوْ بِذَهَبٍ ، وَبِهَا مَعْدِنٌ ذَهَبٍ جُهْلَ) .

أى وإذا باع داراً بدار ، وفى كل من الدارين بئر ماءٍ أو اشترى داراً بذهب لا يَعْلَمُ فيها معدناً ، فظهر فيها مَعْدِنٌ ذهبٍ صح البيع فيهما ، وعلل الصحة فى العزيز^(١) والروضة بأن ذلك تابع ، وفيه إشكال ، فقد ذكر فى الألفاظ المذكورة التى تطلق فى البيع عند ذكر بيع الدار أن البئر يدخل فى بيع الدار إلا الماء الذى فيه ، وأنه يجب اشتراطه ، لثلا يختلط بماء المشتري ، فصرحا كما ترى بأنه غير تابع ، وأما المعدن ، فقد صرح فى الألفاظ المذكورة ، أنه إذا باع أرضاً أو داراً وفيها معدن باطن كالذهب والفضة أنه يدخل فى البيع ، إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن ذهب بذهب انتهى ، قال البارزى^(٢) : هذا محمول على ما إذا علم بالمعدن ، وما ذكره أولاً ، محمول على ما إذا جهل ، وقال الأسنوى^(٣) ، لا أثر للجهل بربوى ، قلت قد

(١) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

(٢) راجع ص ٢٨٨ الربع الأول .

(٣) راجع ص ١٤٤ الربع الأول .

يتسامح بالجهل في التوابع والمعدن من توابع الأرض ؛ ولهذا يدخل في بيعها بطريق التبعية ، وإنما منعوا بيعها بالذهب لأن المعدن بعد العلم صار كالمقصود بالشراء ، فمنع من بيعه بذهب ، وأما عند الجهل به غير مقصود والجهل بالمخلوق في الأرض ، لا يؤثر في بيعها ، بالبطلان وقوله : (لا لحم ، بحيوان) .

أى لا يصح بيع لحم بحيوان . سواء كان من جنس الحيوان أم لا ، وسواء مأكولا أم لا ؟ لعموم النهى عن بيع اللحم بالحيوان . وقوله : وبطل بتفريق ، بين ولد لم يميز ، وأم ، ثم أمها ، وأب ، وكذا هبة وقسمة ، لا عتق ووصية وبيعا لرهن أحدهما ، وقوم حاضنا ، أو مخضونا ، وقوما ووزع .

أى ويبطل البيع بالتفريق بين الولد الذى لا يميز وبين أمه ، فإن باعه معها صح ، وإن كان هناك أمها أو أبوه . فإن فُقدت الأم وأمها باقية ، وأبوه ، فبيع مع أحدهما لا وحده صح ، ولا أثر لأُم الأب ، والأصل في ذلك الحديث^(١) ، « لا توله والدته بولدها » ولا يتعدى الحكم إلى البهائم ، لكن لا يباع قبل استغنائه عن لبن

(١) الذى رواه أحمد والترمذى بلفظ عن أبى أيوب قال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من فرق بين والدته وولدها ، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ، وروى الترمذى وابن ماجة عن علف عليه السلام قال : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهما وفرقت بينهما ، فذكرت ذلك له فقال : أدركهما فارتجمهما ولا تبعهما ألا جبيما . رواه أحمد وفى رواية للترمذى وابن ماجة عن علف عليه السلام قال : وهب لى النبی صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعتهما أحدهما ، فقال لى ياعلف ما فعل غلامك ؟ فأخبرته فقال : رده رده ، ص ١٦١ - نيل الأوطار وأما حديث « لا توله والدته بولدها » مروى عن أبى سعيد عند الطبرانى وأخرجه البيهقى بإسناد ضعيف عن الزهرى مرسل ص ١٦٢ - نيل الأوطار .

أُمه ، وقال القَوْنَوِي^(١) : إن في كلام الحاوي ما يشعر بتعديته إليها وليس كما قال . فإن قوله إلى التمييز . كاف في إخراج البهائم ، وسواء كان التفريق ببيع أو هبة أو قسمة ، ولا يضر التفريق بالعتق ، لأن العتيق منهما يملك نفسه . ولا يمنع من الوقوف بقرب الآخر ويجوز التفريق بالوصية لأنه غير مقطوع به ، فقد يعيش الموصى إلى بلوغ الولد أو موته ، وله رهن أحدهما دون الآخر ، إذ لا تفرقة لبقاء الملك فيهما للراهن ، فيجب أن يأمرها بتعهد الولد وحضانتها ، ثم إن احتيج إلى بيع المرهون بأن لم يجد الراهن فداءً يبيعا ثم يقسم الثمن بين الراهن والمرتهن ، وهذه القسمة تتعين عند إفلاس الراهن ، وتعلق الغرماء لما يخصه ، وإلا فعليه قضاء دينه ولو استفرقتهم ، ثم القسمة بالتوزيع ، فإن كان المرهون الولد ، قُومٌ وحده على أنه محضون ثم يقومان ، وإن كان المرهون الجارية قومت حاضنة وحدها ، فإذا قيل بمائة ، قومت مع الولد ، فإذا قيل مائة وعشرون ، اقتسما الثمن أسداساً . والذي صوره الرافعي والنووي والمصنف ، أنها تقوم وحدها ، ثم هي والولد مطلقاً ، وأنكر عليهم الأسنوي وقال : هذا إنه محضون وحده ، فإذا قيل عشرة قُوم هو والأم ، فإذا قيل مائة ، اقتسموا أعشاراً فيُعطى مرتهن الولد العشرة . والذي في الإرشاد يوافقه ، ويخالفه ما في العزيز^(٢) والروضة والحاوي .

وقوله : (وَبِشَرَطٍ مَقْصُودٍ ، لم يوجبه ، وإن حُذِفَ لا بخيار ،

(١) راجع ص ٩١ الربع الأول .

(٢) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

وإِشْهَادٍ ، ومعلوم أَجَلٍ ما بذمَّتِه وكفيلٍ ورهنٍ ، غير المبيع بالثمن ،
وبتَعذرِها ، خَيْرٌ ، وكذا بَعَيْبٍ رهنٍ ، فَإِنْ علم بعد قبض وحدوث
عَيْبٍ ، أو تلف فلا) .

أَي ويَبطلُ إِنْ باع بشرط فيه غرض مقصود لا يوجبه البيع^(١)
«لأنه صلى الله عليه وسلم ، نهى عن بيع وشرط» ومقتضاه امتناع
كل شرط إلا أنه فهم أن المراد ، كل شرط يُؤدِّي إلى بقاء عُلُقَة بعد
العَقْدِ تقع بسببها منازعة ، أو يفضي إلى تفويت مقصود العقد ، وما
عداه مستثنى من النهي . وقد ضبط الأصحاب صحيح الشروط وفاسدها
وقاسموها فقالوا : الشرط ، إما إِنْ يَقْتَضِيهِ مطلق العقد أولاً ، فالأول
كالقبض والانتفاع والرد بعيب واشترائها لا يضر ولا ينفع . والثاني
إما يتعلق بمصلحة العقد ، أولاً ، والأول قد يتعلق بالثمن كشرط
الرهن والكفيل ، وقد يتعلق بالثمن كشرط الخيار ، فهذه الشروط
لا تفسد العقد ، وتصح في نفسها . والثاني^(٢) : إما أَنْ لا يكون فيه
غرض يورث تنازعا ، أو يكون ، فالأول كشرط ألا^(٣) يأكل إلا الهريسة ،
فهذه لا تفسد العقد وَيَلْغُو ، وإِنْ كان فيه غرض أَفسد ، وقد احترز
عنه المصنف بقوله مقصود ، فقرر أَنَّ المفسد غير ما يستثنى بشرط
لا يوجبه العقد ولا هو من مصلحة العقد وفيه غرض كشرط ألا يقبض

(١) وقد احتج به الشافعي على ذلك مع ما فيه من مقال ، إلا أنه صحح الاستدلال به ، وقالوا أنه أعم في الاستدلال
على النهي عن بيع وشرط . ص ١٧٩ - ٥ نيل الأوطار .

(٢) أي من النوع الثاني وهو ما لم يتعلق بمصلحة العقد .

(٣) بالياء أو التاء على المعتد ، إلا الهريسة ، أو لا يلبس إلا الحرير ، إن جاز وألا بطل كبيع سيف بشرط
أن يقطع به الطريق ، وإنما بطل بشرط أن يصل الفرض أول وقته أو أن تجمع له بين آدمين لأنه ليس من جنس ما يلزمه بوجه ف

المبيع إلا بعد شهر ، وألاً يخسر فيه . فإن خسر فيه ضمنه البائع ونحو ذلك . وإن حذف الشرط بعد العقد لم ينقلب صحيحاً سواء حذف في مجلس الخيار أو غيره ، والشروط التي من مصلحة العقد ، منها شرط الخيار وسيأتي ذكره في بابه ، وآخرناه إليه لأنه أنسب . ومنها شرط الإشهاد ، لأنه من مصلحة العقد ، قال الله تعالى « وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ »^(١) . ومنها شرط الأجل ، المعلوم^(٢) [فيما عقد عليه في الذمة ، لأنه من مصلحته ، فإن عقد على معين وشرط فيه الأجل] بطل لأنه خلاف ما يوجب العقد ، ومنها شرط الكفيل ، وشرط الرهن ، فإنهما من مصلحة العقد أيضاً ، والعلم بهما شرط ، ولذلك قدم قوله ومعلوم أجل ليشمل الثلاثة ، ولو قال أكفل لك عدلاً وصفة لم يكف ، فإن قال أكفل زيدا وهو يعرفه ، أو رفع في نسبه ووصفه ، أو هذا وهو لا يعرفه ، صح . وأما الرهن فيكفي في تعريفه ، أن يصفه بصفة السلم ، ويشترط أن يكون المشروط رهنه غير المبيع [ولو^(٣) شرط رهن المبيع] لم يصح شرط في العقد ، أن يرهنه إياه بعد القبض أو قبله ولا يشترط معرفة الشهود ، إذ إثبات الحق بالعدول لا يتفاوت ، فإن تعذر الكفيل والإشهاد أو الرهن ، بأن امتنع الكفيل مثلاً ، أو مات العاقد قبل أن يشهد له ، أو امتنع أو تلف الرهن ، خير في البيع الذي شرط له في ذلك ، وكذا إذا بان الرهن معيباً وإن قبضه المرتهن ، وهذا إذا لم يتلف بعد القبض ، أو لم يعيب ، فإن تعيب بعد

(١) آية الدين ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٢) مثبتة في (ب) في موضعها وبهامش (أ) .

(٣) ساقط من (أ) ومثبتة في مكانها من (ب) .

القبض لم يكن له الفسخ بالعيب القديم ، ولا المطالبة بأرشه ، كما لو تلف ، وقوله في الحاوى : ولا يشترط الإشهاد كالرهن ، ومعلوم أجل ورهن غير المبيع والكفيل لثمن ، ويتعذره وعينه خير ، إلا أن تعيب بعد العقد وهلك : فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق إن شرط الأجل المعلوم^(١) في تسليمه بطل العقد ، وقد اعترض عليه ابن النحوى^(٢) بذلك .

الثانى : قوله ويتعذره وعينه خير ، أراد بتعذر كل من الكفيل والإشهاد ، والرهن . وعيب الرهن وحده أنه لا يضر بعيب الكفيل ، فلو شرط كفالة رجل فافتقر أو بان فقيراً ، أو أبدل الكفالة ، لم يكن له أن يفسخ ، وليس في كلامه ما يوضح ذلك المعنى .

الثالث : قوله إن تعيب أو هلك ، بعد القبض ، لا يسبق إلى رأيه . أراد أنه إذا رهنه سليماً فتعيب بعد القبض وهلك ، لم يكن له أن يفسخ ، ولم يرد ذلك ، وإنما أراد أنه إذا رهنه معيباً ، ولم يعلم بالعيب حتى قبضه ، وهلك بعد القبض ، أو تعيب ، لم يكن له الفسخ بذلك العيب القديم ولا المطالبة بالأرش .

وقوله : (ولا بشرط براءة من العيوب ، أو أن لا يرد بها ، وبرى من عيب باطن جهله بحيوان فقط) .

(١) الأجل المعلوم في تسليم الموضع سواء كان في اللزمة أو معينا ، وليس على إطلاقه ، فإذا كان في اللزمة صح أما إذا كان الموضع عيناً فاشتراط الأجل المعلوم مبطل ، ف
(٢) راجع ص ١٧ الربع الأول .

أى : ولا يبطل بشرط براءة من العيوب ، فإذا باع كذلك ، نظرت ، فإن كان المبيع غير الحيوان لغا الشرط ، وصح العقد على المذهب ، وإن كان حيواناً نظرت ، فإن كان العيب باطناً ولم يعلم به البائع ، برىء على المذهب ، وإن كان ظاهراً لم يبرأ لأن ابن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم بالبراءة ، وقال : المبتاع لابن عمر بالعبد داء لم تسمه لى فاخصما إلى عثمان ، فقضى عثمان على أن ابن عمر يحلف لقد باعه هذا العبد وما له داء يعلمه ، فأبى ابن عمر أن يحلف ، وارتجع العبد فباعه بعد ذلك بألف وخمسمائة ، ولأن الحيوان ، لا يخلو من عيب ظاهر وباطن ، فلو لم يجز ذلك ، لأدى إلى أن لا يلزم بيع الحيوان ، وأما المبيع المعلوم فاخفاؤه تدليس ، وألحق به الظاهر غير المعلوم ، لأن صاحبه غير معذور ، فى عدم الاطلاع عليه لسهولة ، وأما العيب الحادث بعد البيع وقبل القبض ، لا يبرر منه ، وكذلك لو قال بشرط أن لا يزد بعيب ، فإنه كقوله بشرط البراءة من العيوب . ذكره فى العزيز والروضة^(١) وقوله فى الحاوى^(٢) : وبراءة عيب لا يعلم البائع فى الحيوان فيه أمور :

أحدها أنه لما كان مستثنى من الشروط المفسدة للعقد ، لزم أنه إذا شرط البراءة من عيب يعلمه فى الحيوان أن العقد يبطل ، وليس كذلك ، وإنما يبطل الشرط فقط .

(١) راجع ص ٢٦٠ الربع الأول .

(٢) وفى ح « وبراءة عيب لا يعلم البائع فى الحيوان وعق المبيع .

الثانى : أنه يلزم منه أيضاً أنه إذا شرط البراءة . من عيب لا يعلم به البائع فى غير الحيوان ، أنه يبطل العقد أيضاً وهو وجه فيهما . والأصح أنه يلغو الشرط فقط كما ذكر فى العزيز والروضة ، وغيرهما .

الثالث : أنه جعل عدم العلم بعيب الحيوان مانعاً من الرد مطلقاً وليس كذلك ، بل هو مخصوص بما إذا كان باطلاً فى الحيوان أما إذا كان ، غير الحيوان ظاهراً ، فالصحيح أن للمشتري الرد .

وقوله : (وصح بشرط عتق ، ممكن منجز ، لا عن غيره) .

أى : وصح البيع بشرط عتق المبيع^(١) لقصة بريرة وإنما يصح بشرط العتق ، إذا أمكن . فإن لم يمكن ، بأن اشترى الرجل أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه فإن البيع باطل ، لأنه لو صح لعتق عليه بالشراء ، ولم يمكنه الوفاء بالشرط ، فحكم ببطلانه . وكذلك لا يصح إلا إذا شرط عتقاً منجزاً ، فإن قال : بشرط أن تعتقه إلى شهر ، أو بشرط أن تدبره ، أو تكاتبه ، لم يصح العقد . وكذلك لا يصح بشرط العتق ، إلا إذا أطلقه ، أو قال عن نفسك . فإن قال بشرط أن تعتقه عني ، أو عن زيد لم يصح العقد ، ولو لم يذكر فى الإرشاد ، الوقف ، لأنه غير مستثنى^(٢) ، منها مع ما قبله وبعده ، وقوله

(١) وهى عن عائشة قالت دخلت على بربرة وهى مكاتبة فقالت اشترينى فاعتقنى قلت نعم ، قالت لا يبيعونى حتى يشترطوا ولائى ، قلت لاحتاجة لى فيك ، فسمع بذلك النبي صلى الله عليه وسلم . أو بلغه فقال ما شأن بربرة ؟ فذكرت عائشة ما قالت فقال اشترىها فاعتقها ويشترطوا ماشاءوا قالت فاشتريتها فأعتقها واشترط أهلها . ولما فقال النبي صلى الله عليه وآله عايه وسلم ، الولاء لمن أعتق وأن اشترطوا مائة شرط ، رواه البخارى ولمسلم معناه ، ص ١٨٠ - ٥ نيل الأوطار .

(٢) أى من القاعدة المتقدمة وهى قوله بشرط مقصود لم يوجبه والعتق مستثنى ، ٥ / .

في الحاوى : وعق^(١) المبيع ، لا بعد شهر فيه أمران : أحدهما :
أن تعتقه غنى ، أو عن زيد فالبيع باطل . وقال القونوى^(٢) : لا يرد
عليه لأن العقد لا يبطل ، ولكنه يلغو الشرط ، واعترض - رحمه الله
تعالى - في قوله العزيز^(٣) والروضة^(٤) وإذا صححنا بشرط فذلك ،
إذا أطلق ، ولو قال بشرط أن تعتقه غنى ، فهو لاغ ، وعبرة
الروضة ، وكذلك ، وهو محمول على أنهما أرادا ، لعقد ، كما
قاله القمولى^(٥) . وصرح به النووى ، في المذهب^(٦) كذا نقله
ابن النحوى^(٧) عنه ، ولأنه إذا قال بشرط أن تعتقه ، عن نفسك .
ويكون الولاء لى ، بطل العقد ، فكيف وقد شرط العتق والولاء
لنفسه .

الثانى : مقتضى كلامه ، أنه لو اشترى من يعتق عليه ليشترط
العتق صح ، وليس كذلك ، بل لا يصح ، لأن هذا شرط لا يمكنه
الوفاء به ، قاله فى العزيز والروضة عن القاضى حسين^(٨) .

وقوله : (وله قبله وطء ، وانتفاع ، وقيمة ، إن قبل ،
لا بئع وأجارة ، وتكفير به) .

(١) وفى ح « وعق المبيع لا بعد شهر وتديره وكتابه ووقفه والبايع المطالبة .

(٢) القونوى راجع ص ٩١ الربيع الأول .

(٣) راجع ص ١٣

(٤) راجع ص ٣٤ الربيع الأول .

(٥) القمولى راجع ص ٣٦٤ الربيع الأول .

(٦) راجع ص ١٢ ، ص ٣٣٧ . الربيع الأول

(٧) ابن النحوى راجع ص ١٧ الربيع الأول .

(٨) راجع ص ٢٠٤ الربيع الأول .

أى : وللمشتري المشروط عليه العتق ، أن يطاء الأمة ، قبل أن يعتقها ، وله أن يستخدم المشروط عتقه قبل أن يعتقه وإن قُتل ، فله قيمته ، لكن ليس له أن يبيعه ، ولا أن يؤجره ، كذا ذكره النسائي في شرح جامعه . ونقل عن النووى في شرح المذهب ، تصحيحه ، وهو خلاف ما يقتضيه كلامه ، في الروضة ، فإنه قال : ويكتسب ولا أن يعتقه عن كفارة لزمته ؛ لأنه مستحق للعتق .
وقوله : (ولبائعه ، مطالبته ، بعتقه ، ويُجبرُ ، وأن أولدها) .

أى : وإذا اشتراه بشرط العتق وامتنع ، فللبائع مطالبته بالعتق لأنه ثبت شرطه وله غرض تخليصه ولذلك قد تسامح في الثمن ، ثم المشتري يجبر على إعتاق ، فإن أصر أعتقه عليه الحاكم على الأظهر ، كما يُطلق على المولى ، والثانى يحبسه حتى يعتقه ، ويُجبر على العتق ، ولو استولدها ، فإن ذلك ليس عتقاً . وفنهم من استثنائه ، العتق وحده ، أنه لو اشترط البائع الولاء لنفسه ، أن البيع باطل .

وقوله : (وبشرط وَصَفٍ يُقَصَّدُ ، كحَامِلٍ ولَبُونٍ ، وبَطَلٍ إن بيئاً معاً ، أو استثنى ولو شرعاً)^(١) .

أى : إذا باع العبد ، بشرط أنه كاتب ، أو الدابة بشرط أنها

(١) كما في بيع حامل بحر ، أو بغير مالِك الأم ، وإن كان للمشتري بنحو أَيْصَاء لأن الحمل لا يدخل فكأنه مستثنى وإنما صح بيع دار مؤجرة ، لأن الحمل أشد اتصالاً من المنفعة لإفرادها بالمقددونه فيصح استثنائها شرعاً ودونه وإنما يبطل بيع دار بشرط استثناء منفعتها مدة معلومة لأنه يناقض مقتضى المقدد ، فليس مما نحن فيه نعم الأوجه أن استثناء منفعة الدار المؤجرة لا يؤثر لأنه تصريح بمقتضى المقدد ، ف .

حامل ، فالبيع صحيح لأن ذلك من مصالح العقد التي تتعلق بالثمن . وكذا إذا اشترط أنها لبون ، وإنما يصح بشرط اللبن إذا أطلق ، فلو شرط كونها تحلب كل يوم رطلا ، أو رطلين من اللبن لم يصح ، لأن ذلك لا ينضبط ، وهذا إذا باع الحامل التي شرط حملها وأطلق . أما إذا قال بعثك هذه الدابة وحملها ، أو هذه الشاة وما في ضرعها ، فإن البيع يبطل ، لأنه جمع فيه بين مجهول ومعلوم ، ولو باع الجبة وحشوها ففيل على الخلاف ، وقيل يصح قطعاً ، لأن الحشو داخل في مسمى الجبة ، والحمل واللبن ليس بداخل في اسم الشاة . وكذلك يبطل البيع إذا بيعت الحامل دون حملها لما فيه من استثناء الحمل ، وذلك لا يجوز ، كما لا يجوز استثناء العضو . والجامع بينهما . أن كلا منهما لا يجوز إفراده بعقد ، ولا يجوز بيع الحامل بحر ، لأن الحر حينئذ كالمستثنى .

وقوله : (وَمَقْبُوضٌ بِفَاسِدٍ ، كَمَغْصُوبٍ ، لَكِنْ وَطْؤُهُ شَبْهَةٌ^(١)) ، لا أن عِلِمَ والثمنُ نَحْوُ دَمِ) .

أى : إذا اشترى شراءً فاسداً بوجه من الوجوه المفسدة للعقد ، وقبضه ، فله حكم المغصوب فعليه الرد ومؤنته ، ولا يجوز حبسه لاسترداد الثمن ، ولا يتقدم به على الغرماء ، ويلزمه أجره المثل للمدة التي في يده مطلقاً ، وإن تعيَّب فعليه الأرش ، وإن تلف لزمه ، أقصى القيم من يوم القبض ، إلى التلف ، ويضمن الزوائد المتصلة

(١) أى إذا جهل واطيء وموطوء فساد البيع مطلقاً أو علمه أو أحدهما ، والثمن بما يقصد كخمر ، فيثبت النسب ويجب المهر ولا حد لاختلاف العلماء في حصول الملك حينئذ ، ف .

والمنفصلة ، ولا يرجع بما أنفق عليه وإن كان جاهلاً على الأصح ، وإن وطئها فإن كانا جاهلين فلا حَدَّ ، وإن كانا عالمين ، نظرت ، فإن اشتراها بدم أو حَبَّتِي حنطة وَجَبَ الْحَدَّ ، لا إن اشتراها بخمر أو شَرْطٍ فاسد لاختلاف العلماء في حصول الملك بذلك ، فيصير كالواطئ في النكاح بلا ولى ، وقوله في الحاوى : ووطؤه شبهة يرد عليه ما ذكرناه من أنه إذا كان الثمن غير مقصود فإنه يُحَدُّ إذا علم ، إذ لا خلاف بين العلماء أنه لا يملك .

وقوله : (وَلَجِحَهُ مَا شُرِطَ ، قبل لِزُومٍ ، حتى زيادة ثمن ، ومُثْمَنٌ) .

أى : وما شرط في مدة الخيار ، فهو كالمشروط في العقد ، يفسده إن كان مُفسِداً ، ويلزم إن كان صحيحاً ويتعدى إلى أنه لو باع عبداً بمائة ، ثم اشترط المشتري أن يزيده على العبد ، عبداً آخر في مقابلة المائة ، فقبل البائع كانا كالمعقود عليهما بالمائة ، وكذلك الزيادة في الثمن . وهذه العبارة آثم ، من عبارة الحاوى^(١) . وسواء كان ذلك في خيار المجلس أو خيار الثلاث ، وإن كان الخيار فيهما لهما أو لأحدهما .

وقوله : (وَحَرُمَ بَعْلُمُ احْتِكَارُ قُوتٍ^(٢)) ، وَصَدُّ جَالِبِ

(١) وفي ح « وصح شرط أجل وخيار وزيادة ثمن ومثمن حال الجواز ،

(٢) كتمر وزبيب وكل مجزئ في الفطرة ، وكذا قوت البهائم ، بأن يمسك ما اشتراه في وقت الغلاء ، ويظهر ضبطه بالعرف ليبيعه بأكثر ، عند اشتداد أهل غله ، أو غيرهم ، إليه ، وإن لم يقصد ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ، « لا يحتكر إلا خاطئ » أى آثم أما احتكار طعام غير قوت لم يشتره ، كفله ضيعته ، أو اشتراه وقت الرخص ، أو وقت الغلاء لنفسه وعياله ، أو ليبيعه لا بأكثر أو بأكثر وهو جاهل ، بالنهى فلا يحرم ، والأولى بيع ما فضل عن كفاية مثونة =

مِثْلَهُ^(١) ، في الحاجة ، عن تعجيل بيع) .

أى : هذه صورة ما يحرم ولا يبطل به العقد ، وإنما يحرم على من علم التحريم ، لأن من لم يُنهِ إليه النهى غير منهى ، فمنها الاحتكار وهو أن يشتري القوت في وقت الغلاء ويحبسه لبيعه بأكثر عند اشتداد الحاجة ، قال صلى الله عليه وسلم^(٢) « لا يحتكر إلا خاطئ » أما من اشتراه في وقت الرخص ، وباعه في وقت الغلاء فهو في معنى الجالب ، ولا بأس بإمساكه غلة ضيعته . والأولى أن يبيع منها عند حاجة الناس ما فضل عن نفقته ، ونفقة غياله . وكذلك يحرم أن يأتى إلى آخر قد جلب قوتاً أو متاعاً نعم الحاجة إليه مثل عموم حاجة القوت ، فصده عن تعجيل البيع ويقول أحبسه لأبيعه على التدرج بثمن أغبط ، وهذه معروفة بمسألة بيع الحاضر للبادى ، وليس كون الجالب بدوياً ، والبائع له حضرياً ، شرط ، لكن ورد هكذا ، على الغالب بل لو كان الجالب حضرياً ، وعرضه البيع مُعَجَّلاً ، فقال له بدوى ، أنا أبيعك لك قليلاً حرم عليه ، وللتحريم شروط أن يكون عالماً بالنهى .

= سنة فإن خاف جائحة في زرع السنة الثانية فله بلا كراهية ، إمساك كفايتها ، ومحلّه ، إن لم تشتد ضرورة الناس لما عنده ، وألا أجبر على بيع ماتوق كفاية سنة ، والكلام حيث لم يتحقق اضطراب معين ، وألا لم يبق له شيء ، كما يعلم بما يأتي في مبحثه ف .

(١) قوله مثله في الحاجة ظاهرة بل صريحة . أنه لا يحرم صد جالب القوت نفسه وإنما الذى يحرم صد جالب مثله فإن قلت إذا حرم صد جالب مثله حرم صد جالبه بالأولى أو المساواة ، قلت هذا يستدعى توفر شروط القياس ، وأنا لطالب الفقه إحسان ذلك في أوائل طلبه ، فلو قال جالب عام حاجة السلم من ذلك ، ف

(٢) رواه أحمد ومسلم وأبو داود عن سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوى ، ص ٢٢٠ - ٥ نيل الأوطار .

الثانى : أن يكون المتاع مما تعم الحاجة إليه .

الثالث : أن يكون صد الجالب عن تعجيل البيع بمشورته ، فلو ابتدأه الجالب ، فقال ألا تبيعه على التدرج ، أو قصد الإقامة لبيعه كذلك ، فسأل البدوى تفويضه إليه ، ولو سأله ، أن يبيعه على الفور لم يحرم ، ولو استشاره ، فهي له أن يرشده إلى المصلحة بذلك . فيه وجهان . وهذه كلها مفهومة من الإرشاد .

وقوله فى الحاوى : وحرم الاحتكار فى القوت والتسعير ، والتربص بسلعة البادى برفع الثمن ، فيه أمور :

أحدها : أنه أهمل العلم وقد بينا أن من لم يبلغه غير منهى

الثانى : أن قوله سلعة البادى ، عامٌ بكل سلعة ، والصحيح أن ذلك يختص بما تعم الحاجة إليه .

الثالث : أنه لو قال سلعة الجالب لكان أولى ، لأن ذلك لا يختص بالبادى .

الرابع : أن التربص بسلعة البادى عام سواء كان السائل لذلك البدوى أم الآخر وليس كذلك ، بل هو مختص بما إذا سأله الآخر ، أما إذا كان البادى هو السائل فلا يحرم .

وقوله : (واشترأ متاعه ، ابتداءً خارجاً ، قبل علمه سِعره ، وخير أن غبن) .

أى : يحرم أن يشتري متاعَ الجالب قبل دخوله البلد وعلمه بالسعر ، سواء أَخْبَرَهُ بكساد ما معه ، أم لا ؟ وسواء كان المتاع طعاماً أم لا ؟ وسواء صدقه أم لا ؟ وإنما يحرم إذا ابتدأه بالمبايعة ، أما إذا عرض عليه الجالب البيع فأجابه إلى الشراء منه لم يَحْرَمَ ، فإن ارتكب المحذور واشترى منه ، ثم قَدِمَ البلد فبان أنه مغبون ثبت له الخيار ، بل لو صدقه ولكن غلا السعر بعده ، فإنه ثبت له الخيار ، وإن لم يكن مغبوناً فلا خيار على الأصح وقوله فى الحاوى : وشراء متاع غريب لم يعرف السعر ، وخَيْرٌ إنْ غُبِنَ فيه أمور :

أحدها - قوله : وشراء ، وقد عد الشراء من صرائح الإيجاب ، فهى غير ما أراد ، لأنه لا يحرم على الغريب بيع متاعه .

الثانى - قوله : متاع غريب ، ليس الغريب قيداً لازماً ، بل الحكم فى كل قادم واحد سواء كان غريباً أو بلدياً .

الثالث - أن ذلك لا يحرم إلا إذا ابتدأهم بالمبايعة ؛ أما إذا عرض القادم الشراء بذلك السعر فاشتراه به فإنه لا يحرم عليه ، ولا خيار له ، ومقتضى كلامه تحريم الجميع ، والصحيح خلافه .

الرابع - أنه جعل الشراء قبل علمه السعر محرماً على الإطلاق ودخل البلد أم لا ، وليس كذلك ، بل إنما يحرم قبل دخول البلد .

وقوله : « وَنَجَشُ بِلا خِيَارٍ ، وَسَوْمٌ عَلَى سَوْمٍ تراضياً به ، وبعد عَقْدٍ أَشَدُّ ، وتسعيرٌ » .

أى : ويحرم النجش ؛ وهو أن يساوم في سلعة ، ويرفع في ثمنها بغير رغبة ، بل ليغرّر من يشتريها . فمن اغتربه واشترى فلا خيار له لتقصيره ولو كان ذلك مواطأة من البائع . وأطلق الشافعي رحمه الله القول بتعصية الناجش ، ويشترط في تعصية البائع على بيع أخيه العلم بالنهي ؛ فقالوا : إنما سكت ، لأن النجش خديعة ، وتحريم الخديعة واضح . وقال الرافعي : وذلك ، أن تقول البيع على بيع أخيه إضراراً ، وتحريم الإضرار معلوم ، فالوجه تخصيص المعصية بمن عرف التحريم لعموم أو خصوص . والذي قاله هو الحق ؛ ولهذا لم يخصص التحريم في الإرشاد بعلم النهي ، بل قال وحرّم أى بعلم التحريم مطلقاً ، ليدخل النجش .

وكذا يحرم السوم على السوم ؛ وهو أن يتبايع رجلان في سلعة ويستقر الثمن ، ويتراضيا عليه ، فيجىء رجل فيزيد للبائع في الثمن ، أو يعد المشتري بأغبط منها ، وذلك حرام ، هذا قبل العقد ، فإن كان بعد العقد فهو أشدّ تحريماً ، وذلك هو البيع على بيع أخيه .

والشراء على شراء أخيه ، وصورته ؛ أن يجىء وقد تباعا وهما في مجلس الخيار ، فيحمل أحدهما - بما ذكرنا - على الفسخ ، هذا إذا فعله بغير إذن من يتضرر بالفسخ ، أمّا إذا فعله بإذنه فلا حرج .

ويحرم التسعير أيضاً ، لما روى^(١) : « أنه غلا السعر على عهد

(١) رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي ، - ص ١٢٩ نيل الأوطار .

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا رسول الله ، سعر لنا ، فقال :
إن الله هو المسعر ، والقباض والباسط ، وإنى لأرجو أن ألقى ربي
وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة » ، فدل على أنه حرام .

وقوله : (ولو جمع عقد ، عقدين ^(١) ، مختلفين كبَيْعٍ ^(٢)) وسَلَمٍ ،
لا جَعَالَةٍ ، أو حِلًّا وَغَيْرًا عُلِمَ لَكِتَابَةٌ وبيع أو انفسخ في بعض
يتصور ، بَيْعُهُ كَسَقْفٍ تَلَفٍ ^(٣) صَحَّ بِقِسْطٍ .

أى : ولو جمع عقد عقدين مختلفى الحكم ، وكانا صحيحين
كبيع وسلم ، وبيع وصرف ، وبيع وإجارة ، لا بيع وجعالة ،
كما قاله في باب المسابقة من الروضة ، صح في كل بقسطه . يشير
بهذا إلى تفريق الصفقة ، فإذا قال : ابتعت منك هذا الثوب ، وألزمت
ذمتك صاع بُرٍّ ، سلما بقشره صح . ويقومُ الصاع ويقوم الثوب ،
ويقسط الثمن عليهما على قدر القيمة ، وكذلك إذا قال : أجرتك
هذه الدار ، وبعثك هذا العبد بألف ؛ وزعا ^(٤) على قيمة العبد
وأجرة مثل الدار ، وكذا إذا قال : بعثك هذا الثوب وهذا الدينار

(١) وشرط صحة المختلفين ، أن يتفقا لزوما أو جوازاً / م .

(٢) وإنما يبطل العقد في خمس نسوة نكحن معاً ليس فيهن نحو أختين لأن تصحيحه في بعضهن تحكم ، إذ لا مرجح وكذا
لو أجر هذا المرهون مدة تزيد على محل الدين أو زاد في العرايا على القدر الجائز أوفى خيار الشرط على ثلاثة أيام ،
أو فاضل في ربوى وقد اتحد الجنس فيبطل العقد في الجميع ، ومثله مالو أجر ناظر الوقف ، مدة تزيد على مباشرة الواقف
من غير حاجة للزيادة ليبطل في الكل على الأوجه ؛ لأن المتصرف عن الغير متى خالف المأذون له فيه ، يبطل تصرفه من أصله ،
أما إذا قدم الحر على غيره كبعتك الحر والقتن ، فيبطل فيهما على الأوجه لأن المظف على الباطل باطل كما في نساء العالمين طوائف
وأنت يا زوجتى ف .

(٣) قبل قبض وعبدان باعها صفقة فتلف أحدهما قبل القبض ، أو تخمر بعض العصور قبله ، أو انهدم مستأجر أثناء
مدة الإجارة ، أو تفرقاً قبل قبض البعض الربوى ، والسلم ف .

(٤) يقصد وزع الألف على كل من قيمة العبد وأجرة مثل الدار ، / م .

بكذا ، صح ووزع الثمن على قيمتهما وإنما سماها مختلفة ؛ لأن السلم بيع عين في الذمة ، يشترط فيه قبض الثمن في المجلس ، وقد يتعذر في وقته فينفسخ . والصرف ، كذلك ، يشترط فيه التقابض ، والإجارة مؤقتة وبيع منفعة فقط ، فإن جمع ما يجوز بيعه وما لا يجوز ، كعبد وعبد غيره ، أو عبده وحر ، صح فيما يملكه بسقطه على الأظهر . ويُقَوِّم العبدان ويقدر الحر عبداً ، ويوزع على القيمتين . ومن شرط تفريق الصفقة ، ألا يكون غير الجائز مجهولاً ، فإن كان مجهولاً لم يصح بالتعذر التقسيط عما نصوا عليه ، وكذلك إذا كاتب وباعه ثوباً بألف في عقد واحد ، فالكتابة صحيحة دون البيع ؛ لأن عقده ، وقع قبل تمام الكتابة ، فيُقَوِّم العبد والثوب ، ويقسط الألف عليهما ، ويكون مكاتباً بقسطه من الألف . ولو باع ثوباً وخنزيراً بمائة ، قدرنا الخنزير شاة على الصحيح ، ووزعنا الثمن عليهما ؛ لأنه لا يمكن التقسيط إلا بتعيين الخلقة ، ويقدر المئنة مذكاة ، وكذلك إذا باع عبده بألف ، فتلف أحدهما قبل القبض ، فالمذهب أنه ينفسخ البيع في التالف وحده ، ويقسط الثمن على ما ذكرناه ، وهذا تفريق الصفقة في الدوام ، والشرط في هذا أن يكون التالف مما يفرد بالعقد كالعبدین ، وأن كلا منهما يفرد بالعقد ، أو ما يتصور إفراده بالعقد كسقف من الدار فإذا اشترى داراً ، واحترق سقفها قبل القبض انفسخ البيع في ذلك التالف ؛ لأنه يتصور أن يفرد بعقد إذا فصل من البيت بخلاف العقد بقطع يده ، فلا يثبت هنا تقسيط ؛ لأن عضو العبد لا يمكن إفراده

بعقد ، أما لو اضطرب السقف ، أو انهدم ولم يتلف ، فليس إلا الخيار ،
وقوله في الحاوى^(١) : والسوم بعد قرار الثمن ، ولا بد إلى قوله صح بالقسط
فيه أمران :

أحدهما : أنه لو اقتصر على تحريم السوم بعد قرار الثمن ، ولا بد
من التراضى بذلك ، وإلا فقد يستقر الثمن ولا يحصل به رضا ، فلا
تحرم الزيادة ،

الثاني : أنه لو اقتصر على قوله : أو جلا وجزما ، والشرط فيما
لا يجوز بيعه منهما أن يكون معلوماً فإن كان مجهولاً لم يصح فيهما
على المذهب .

وقوله : (كَنَسْبَةِ ثُلُثٍ مِنْ مُحَابَاةٍ مَرِيضٍ ، وَخَيْرٌ مُشْتَرٍ جَهْلٍ ،
فَإِذَا بَاعَ مَرِيضٌ بِمِائَةِ مَا مَلَكَ ، وَقِيَمَتُهُ ثَلَاثُمِائَةٍ صَحَّ فِي نِصْفِهِ
بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، أَوْ مَائَتَانِ ، فَفِي ثُلُثَيْهِ بِثُلُثَى الثَّمَنِ وَإِنْ تَلَفَ الثَّمَنُ ،
فَفِي ثُلُثٍ بِثُلُثٍ) . ر

أى يقسط في تفريق الصفقة كما يقسط في محاباة المريض ،
ثم إذا تبعضت الصفقة على المشتري ، نظرت ، فإن اشترى عالماً بأنها
تتفرق عليه ، فلا فسخ له ، وإن كان جاهلاً بذلك فله الخيار . ومن
اشترى عبيدين ، فتلف أحدهما قبل القبض فهو جاهل بالتلف ، والمشتري
من المريض لا يعلم أنه يموت ، ولأن الورثة لا يُجيزون ، فلكل الخيار ،

(١) وفي ح « والسوم بعد قرار الثمن والبيع والشراء عليها ولو جمع عقد عقدين مختلفين أو حلاً وحرماً لكتابة
أو بيع أو انفسخ في بعض كتلف ما يفرد بالمقد ، كالسقف صح .

لكن إذا اشترى حلالاً وحراماً علماً ، لا خيار له ، وإطلاق الحاوى يقتضى أن له الخيار ، وليس كذلك عندنا إلا مسألة المحاباة ؛ فالمريض إذا باع وحابى بما يتحملة الثلث ، فلا اعتراض عليه ، وإن حابى بما لا يتحملة الثلث ، راعينا نسبة الثلث ، فإذا باع عبدا قيمته ثلاثمائة بمائة ولا مال له غيره ، بطل فى الزوائد على الثلث ، فيرد بعض المبيع فوجب أن يرد إلى المشتري ما يقابله ، وحينئذ ، تتفرق الصفقة ، وتدور المسألة ؛ لأن ما ينفذ فيه البيع ، يخرج^(١) [من التركة وما يقابله من الثمن يدخل فيها ، ومعلوم أن ما ينفذ فيه البيع] يزيد بزيادة التركة ، وينقص ، بنقصانها ، وأن التركة تزيد بحسب المقابل الداخل ، والمقابل يزيد بحسب زيادة المبيع وهذا دَوْرٌ ؛ وطريقه أن ينظر إلى ثلث المال ، وينسب إلى قدر المحاباة ، وإن كان الثلث نصفها أو ثلثها أو غير ذلك ، صح البيع فى القدر بنسبته منها ، مثاله باع عبداً يساوى ثلاثمائة بمائة ، ولم تجز الورثة ، فقد حابى بمائتين ، وثلث ماله مائة ، فإذا نسبته إلى المحاباة ، فإن كان نصفها فيصح البيع فى نصف العبد بنصف الثمن ، فيبقى مع الورثة نصفه ، وقيمته مائة وخمسون من الثمن ، وذلك ثلثا المال ، ومع المشتري نصف العبد بمائة وخمسين ، فثمنه عليه خمسون ، وحصل له مائة محاباة وهى ثلث المال ، فإن كان العبد يساوى مائتين ، صح البيع فى ثلثيه بثلثي الثمن ؛ لأنك إذا نسبت ثلث ماله ، وهو ستة وستون ، وثلثان ، وجدته ثلثي المحاباة ؛ لأنَّ المحاباة مائة فيبقى للورثة

(١) هذه الفقرة (من التركة وما) ساقطة من (أ) وفى مكانها فى (ب) .

ثلث العبد ، وقيمته ستة وستون وثلثان ، معهم مثلها من الثمن ، وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وهو ثلثا التركة ، ومع المشتري ثلثا العبد ، وقيمته مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وقد بذل في ثمنه ستة وستين وثلثين ، وبقي معه محاباة مثلها وهو ثلث المال ، وهذا كله ، فيما إذا مات والثلث باق ، فإن مات وقَدْ أَتْلَفَهُ ، صح في الثلث بثلث الثمن لنقصان ماله بقدر المتلف وهو المراد بقوله : وإن تلف الثمن ففي ثلث بثلث ، وإن كان العبد يساوي ثلاثمائة ، والشراء بمائة وقد أَتْلَفَهَا ، فالتركة بعد قدر المتلف مائتان ، وهو ثلثا العبد ، فيرد منها إلى المشتري ، ثلثا الثمن وهو ستة وستون وثلثان ، ويأخذ ثلث العبد بثلث الثمن ، فيبقى للورثة مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، وهو ضعف ما حصل للمشتري من المحاباة ؛ لأنه حصل له ثلث العبد وهو يساوي مائة ، وقد بذل في ثمنه ، ثلاثة وثلثين وثلث ، فالباق له محاباة ستة وستون وثلثان ، فلو كانت قيمة العبد مائتين والشراء بمائة وَأَتْلَفَهَا ، فكل ماله ، ثلاثة وثلاثون وثلث ، والمحاباة مائة فثلث المال ثلثها ، فيصح ثلثي في ثلث العبد بثلث الثمن ، فتكون التركة ثلثي العبد ، وقيمتها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، فيرد منها إلى المشتري ثلثا الثمن ، وهو ستة وستون وثلثان ، فيبقى للورثة ستة وستون وثلثان ، وذلك ثلثا المال ومع المشتري ثلث العبد ، ستة وستون وثلثان ، وبذل منها نصفها ، وبقي نصفها محاباة وهو ثلث المال المخلف .

وقوله : (وَيَتَعَدَّدُ عَقْدُ بَتَعَدَّدِ عَاقِدٍ ، أَوْ تَفْصِيلِ ثَمَنِ كَبِعْتُ ذَا بَكْذَا أَوْ ذَا بَكْذَا) .

أى : إذا باع من اثنين عبداً ، فقال بعتكما هذا العبد ، فقبلاه ،
فهما عاقدان ، لكل فرد نصيبه بالرد ، وكذلك إذا قالوا لو واحد ، بعناك عبدنا
فقبيل هو ، فهما عاقدان وله رد نصيب أحدهما ، وإذا بان نصيب أحدهما
حرّاً ، فلا خلاف في صحة بيع نصيب الآخر ، ولو قال بعتك هذا بدرهم
فهما عاقدان ، وإن قبلهما معاً لأن القبول مرتب على الأبحاث ، وله
رد أحدهما ، دون الآخر بالعيب .

الخيار في البيع

وقوله: فَضَّلُ^(١) (ثَبَتَ خِيَارٌ ، بِمَعَاوِضَةٍ مَحْضَةٍ^(٢)) ، كَبَيْعِهِ ، مِنْهُ .
لِطِفْلِهِ ، وَيَتَبَعُضُ بِاخْتِيَارِهِ لَا فِرَاقَهُ) .

أى : يثبت خيار المجلس ، ولا يتعلق لفراق شيء ، بل هو للثروى^(٣)
لقوله صلى الله عليه وسلم : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يتخايرا »
ولا يثبت إلا في المعاوضة المحضة ، وهى التى تفسد بفساد العوض ،
فليس الخلع ، والنكاح ، والصلح عن الدم معاوضة محضة ؛ لأنها
تفسد بفساد العوض ، ولا معنى للخيار فى العقد الجائز من الجانبين
لأنهما بالخيار أبداً ، ولا من جانب كالكتابة والضمان والرهن ، لأن
أحدهما بالخيار أبداً ، والآخر داخل موطننا نفسه على الغبن ، ويثبت
فى العقد اللازم الوارد على عين معينة أو موصوفة فى الذمة ، كأنواع
البيع من الصرف ، وبيع الطعام بالطعام ، والتولية والتشريك ، وصلاح
المعاوضة والسلم حتى لو باع ، أو اشترى لطفله من نفسه فإنه بالخيار
من نفسه وللطفل ، فإذا ألزم لنفسه بقى الطفل ، وإذا ألزم للطفل

(١) فى الخيار . وهو طلب خير الأمرين وهما هنا إمضاء البيع وفسخه ، وهو إما خيار ثروى وله سببان المجلس والشرط ، وإما خيار نقص وهو المتعلق بفوات مقصود مظلون نشأ الظن فيه من التزام شرطى أو تقرير فعل أو قضاء عرفى وقد ذكرها مرتبة كذلك ف .

(٢) المعاوضة المحضة هى التى تفسد بفساد العوض واقعة على عين لامنفعة ، لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهرى ، ولا جرت مجرى الرخص ، وإن استعقب عتقاً كبيع ولو لمن يمتق على المشتري ، كسلم وهبة ذات ثواب على المعتد وصلاح معاوضة على غير منفعة ، ولو فى عقد تولى الأب طرفيه ف .

(٣) رواه الشيخان - ٥ ص ١٨٤ نيل الأوطار .

بقى نفسه ، وإن فارق موضعه لزم العقد ، لأنَّ الفراق لا يتبعض
بخلاف الاختيار ، وقوله في الحاوى : كالبيع مع طفله ، وإن لزم
لنفسه بقى للطفل : في عبارته يجوز في موضعين .

أحدهما قوله : مع طفله لأنَّ البيع ليس مع الطفل ، والثانى أنه
لم يذكر ما لزم للطفل قد يوهم أنَّ اختياره للطفل اختيار لنفسه ، وليس
كذلك .

وقوله : (ولا يثبت بشفعة ، وحوالة وكتابة واشترائه نفسه ،
ولا في منفعة كنكاح وخلع وعوضهما) .

أى لا يثبت الخيار^(١) في الشفعة ، أما المشتري فلأنَّها تُؤخَذُ منه
قهراً ، وأما الشفيع ، فلأنَّ تخصيص خيار المجلس بأحدهما بعيد
عن القياس ، وأما الحوالة ، فلأنَّها ببيع دين بدين ، وليس هذا وضع ،
المعاوضات ، فخرجت عند حكمها ، وأما الكتابة ، فلما بيناه آنفاً ،
وأما العبد المشتري نفسه ، فلأنَّه في معنى العتق له وأما الوارد على
المنفعة فالإجارة للعين والذمة ، فلأنَّه غرر في نفسه ، واردة على المعلوم
فلا يُضمُّ غرر إلى غرر ، وعقد الخلع والنكاح واردة على المنفعة ،
والعوض فيهما تابع وقد خرجا بقوله محضة .

(١) الخيار يثبت قهراً في المجلس لكل بيع وإن استعقب عتقاً كشرائه بعضه وذلك كريبى وسلم وتولية وتشريك
ولا يثبت في قسمة بمورد ولا في حوالة ، ولا في إبراء وصلاح حطيطة ونكاح وهبة بلا ثواب ونحو ذلك مما لا تسمى بيعاً
ويظل خيار المجلس مالم يتفرقا قال بعض الفقهاء وإن ظل أكثر من ثلاثة أيام من غير تفرق فالخيار باق ، هذا والخيار نوعان
خيار تشه ، وخيار نقيصة ، فخيار التشهى ما يتعاطاه المتعاقدان باختيارهما وشهرتهما من غير توقف على فوات أمر في المبيع ،
وله سببان المجلس ، ويثبت قهراً مالم يتفرقا وهو ما كلام الشارح بصدده والثاني خيار الشرط أى أن يشترط الخيار لهما لمدة
أقصاها ثلاثة أيام فقط كما أفاده حديث « فإذا ابتعت نقل لا خلاية » وشرطه له الفقهاء ثلاثة أيام فقط ، وأما خيار النقيصة
وسياتى أنه المتعلق بفوات مقصود مغلون نشأ الظن فيه من قضاء عرفي أو التزام شرطي ، أو تغيير فعل شرح المغنى / م .

وقوله : (وَأَنْقَطَعَ بِتَخَايُرٍ أَوْ تَفَرُّقٍ طَوْعًا ، لَا بِمَوْتٍ وَجُنُونٍ) .

أى يمتد خيار المجلس إلى أن يتخيرا وذلك بأن يقولوا اخترنا ، أو أمضينا البيع أو أجزناه ، أو ألزمناه ونحوه ، فإن قال أحدهما للآخر اختره ، فاختر انقطع خيارهما ، وإن سكت انقطع خيار القائل على الأصح ، لأنه دليل الرضا ، والتفرق أن يفترقا بأبدانهما ، فلو أقاما فيه مدة ، أو تماشيا منازل ، فهما على خيارهما ، ولا بد من التفرق المعتاد ، فإن كانا في دار أو سفينة صغيرتين ، فبأن يخرج أحدهما منها ، أو يصعد إلى السطح ، أو كبيرتين فبأن يخرج من بيت إلى صحن ، أو عكسه ، وإن كانا في صحراء أو سوق أو دار متفاحشة الاتساع ، وولى أحدهما الآخر ظهره أو مشى قليلا ، حصل التفرق ، ولا يحصل بإرخاء ستر ، وبناء جدار ، لأن المجلس ما تغير ، ولو تناديا بالبيع من بعد فلهما الخيار ، ما لم يفارق أحدهما موضعه ، فإن فارق بطل خياره ، وكذا خيار صاحبه على الأصح ، ولا يعتبر إلا بتفرق طوعاً ، أما إذا تفرقا كرهاً ، بأن حملا فلا يبطل خيارهما ، أو حمل أحدهما وأخرج من المجلس فلا يبطل خياره وإن لم يسد على فيه ، وإذا لم يبطل خياره ، ولم يتبعه الآخر ، بطل خياره إلا إن منع ، وكذا لو ضربا أو أحدهما فخرج على الأصح ، ولو هرب أحدهما بطل خيارهما ، ولو لم يتمكن الآخر من متابعته ، لأن الهارب غير مكره ، وكان يمكن الواقف الفسخ بلا اتباع ، وإن مات أحدهما أو جن أو كلاهما لم يبطل الخيار ، بل ينتقل إلى الوارث ، والسيد في مكاتب ومأذون وإلى ولى المجنون كخيار الشرط ، والعيب ، فإن

كان الوارث في المجلس ، انتقل إليه ، وامتد حتى يتخيرا ، فإن كان غائباً فالأصح ، أن له الخيار حتى يفارق مجلس الخيار ، وإذا فسخ بَعْضُ الورثة انفسخ في الجميع ، ولو خصص نصيبه فلو فارق أحد الورثة المجلس ينقطع خيار الآخر .

وقوله : (وبشرطه ثلاثا ، من العقد ، فأقل مقدراً في مُعَيَّن يَبْقَى بها لعاقده ، وموكل وأجنبي لا أن حرم تفرق ، بلا قبض ، أو اختصاص بمشترٍ بَعْضُهُ^(١)) .

أى : ويثبت الخيار في المعاوضة المحضة بالشرط ، وهذا القسم الثاني من خيار^(٢) التروى ، فإذا باع بشرط الخيار ، ثلاثة أيام فما دونها صح ، للحديث^(٣) « فقل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثاً » ومن قال لا خلافة ، فهل يثبت له الخيار ، إذا لم يصرح : الأصح أنه إذا عرفا معناها في الشرع الخيار ثلاثاً صح ، ولو علم البائع وحده ، لم يكف على الأصح ، ويشترط أن يكون الأقل عن الثلاث مقدراً ، وألا يكون ابتداء الخيار منفصلاً عن العقد ، وأن لا يزيد الخيار على الثلاث ، وأن يكون في مُعَيَّن ، فلو اشترى عَبْدَيْنِ على شرط الخيار في أحدهما لم يجب ، وقوله في الحاوى : بلا إبهام : أراد ، أن تكون المدة فيما دون الثلاث مقدرة ، وألا يكون الخيار في أحد العبدین ،

(١) بخلاف شرطه لما أو للبائع إذ لا يعتق إلا بالزوم ف .

(٢) ويسمى أيضاً خيار التشبهى لأنه باختيار المتعاقدين يوماً أو يومين أو ثلاثة لا يزيد إجماعاً / م .

(٣) لفظ الحديث « إذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال » « رواه البيهقي وابن

ماجة بإسناد حسن قاله النووي ورواه البخاري في تاريخه مرسل ، « - ص ١٨٣ نيل الأوطار .

بلا تعيين ، ثم إذا اشترط خيار الثلاث فيما لا يبقى فيها ، بطل العقد .
كمن اشترى هريسة بشرط الخيار ثلاثاً ، ولم يتعرض لهذه في الحاوى ،
ويصح بشرط الخيار للعاقدين ولأحدهما ، وإن كان وكيلا ويجوز
أن يشترطه لموكله ، ولو لم يأمره ، ويجوز شرطه لأجنبي بإذن الموكل ،
وإنما جاز شرطه للأجنبي لأن الحاجة قد تدعوه لذلك ، بأن يكون
أعرف ، ولا يجوز شرطه في عقد ، يجب قبض العوض فيه في المجلس ،
كصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم ، وكذا إذا اشترى من يعتق عليه
لا يصح شرط الخيار له وحده ، لأننا لو صححناه لعتق عليه ،
ويكون الملك لمن انفرد بالخيار على الصحيح ، ولو شرط الخيار له
وللبائع صح ، ويثبت له الخيار لأن الملك يكون موقوفاً ، ونقل ابن
الرفعة ، عن الخوارزمي أن خيار الثلاث في المصرة لا يجوز شرطه
للبائع ؛ لأنه يمنع الحلب ، ويضر بها ، قلت وهذا مشكل جداً ، فإن
كون اللبن للبائع ، إذا انفرد بالخيار لا يختص ، بل كل لبون ، هذا
حكمها ، وقد نصوا على أن اللبن والبيض في مدة الخيار ، لمن قضى له
بالمالك وإن كان موقوفاً ، ولم يبطلوا به البيع ، على أن أكثر ما يقال
أن لبن المصرة غير معقود عليها مع الشاة ، وإذا كان كذلك فله حكم
الشاة ، والشاة على ملكه يجوز التصرف فيها ، فاللبن أيضاً على ملكه ،
وإن أتلفه ، انفسخ العقد فيه ، وبقي في الشاة قولاً تفريق الصفقة .

وقوله : وهو لمن شرط .

أى من العاقدين وغيرهما ، فإن شرط لأحد العاقدين لم يثبت

للآخر وإن شرط للوكيل لم يثبت للموكل ، أو الموكل أو الأجنبي ،
لم يثبت للوكيل .

وقوله : (فإن مات الأجنبي ، فللعاقد^(١) أو الوكيل ، فللموكل) .

أى : إذا شرط الخيار للأجنبي لم يكن للموكل ولا للوكيل خيار
معه على الأصح ، فإن مات الأجنبي ، انتقل الخيار ، إلى العاقد ،
سواء كان مالكا أو وكيلاً ولا ينتقل إلى الموكل ، كذا ذكره ، وقوله
في الحاوى : فلمن له العقد : مقتضاه أنه يصير إلى الموكل لا إلى
الوكيل ، وهو خلاف ما ذكره الأصحاب ، وإن مات الوكيل انتقل
الخيار إلى الموكل ، كذا ذكره الأذرعى والقمولى ، ولم يتعرض لهذا
الحاوى .

وقوله : (والمالك برّيع ، ونفاذ عتق ، وإيلاد وبيع وحكم وطء
لمن خير) .

أى والمالك فى المبيع مع الرّيع وما بعده فى مدة الخيار ، لمن انفرد
بالخيار منهما ، وفوائد المبيع وهى الرّيع ، كاللبن والبيض ومهر الجارية
وكسب العبد لمن اختص بالخيار ، وكذلك نفوذ العتق أيضاً فإذا

(١) التّعبير فيه بالعاقّد غير صحيح لأنّه يشمل كلا من البائع والمشتري ، ورجوعه إلى كلّ منهما أو واحد منهما ،
ليس مراداً وإنما يرجع لمن كان شرطه للأجنبيّ منهما ، أو من أحدهما معيّناً ، فالصواب التّعبير بالشارط ، لا العاقّد
وعجيب من المصنّف كيف خفى عليه هذا مع وضوحه ، ومن الشّراح كيف أغفلوا التنبيه عليه ، فإن قلت التّعبير بالعاقّد
لا بد منه حتّى يخرج ، ما لو شرطه الوكيل للأجنبيّ ، فإنه يموت الأجنبيّ ينقل إلى الوكيل لكونه العاقّد وأحكام تتعلق به
لا إلى الموكل وإن كان هو المالك قلت ممنوع بل لو عبر بالشارط لأخرج الموكل أيضاً فإنه لا دخل له فى اشتراطه ،
وإنما الذى يشرطه الوكيل لما تقرر وأن شرطه من أحكام العقد ، وهى تتعلق بالوكيل وحده ف .

أعتق العبد مَنْ له ، الخيار نفذ سواءً كان بائعاً أو مشترياً ، فلو أعتقه المشتري - والخيار للبائع - لم ينفذ ولو أُجيز العقد - وكذا عكسه وكذا نفوذ الإيلاد والبيع ، كل ذلك لمن خيّر ، فإذا أَجَعَلَ الأَمَّةُ ، من له الخيار أو باعها ، نفذ لأنه صادف ملكه ، وكذا حل الواطى أيضاً ، لمصادفته الملك ، فإن كان الخيار للمشتري حل له وطء الأَمَّةِ أو للبائع فكذا فى الأصح فيهما ؛ لأن الواطى يصادف ملكه ، ويكون إجارة للمشتري وفسخاً من البائع ، ويلحقه النسب ، ويثبت الإيلاد وقد يعترض فيقال : مقتضاه ، أن للمشتري الواطى إذا كان الخيار له وحده ، وهو يجب عليه الاستبراء ويجاب عنه ، بما قاله ابن الرفعة ، أن المراد رفع التحريم المسند إلى ضَعْفِ الملك وانقطاع سلطنة البائع وإن كان التحريم باقياً بمعنى آخر وهو الاستبراء .

وقوله : (ووجب بوطء الآخر مهرٌ ، لا حدٌ) .

أى : إذا كان الخيار لأحدهما ووطئ الآخر لم يلزمه الحد ، للاختلاف فى انتقال الملك ويلزم المهر لمن له الملك .

وقوله : (فإن خيراً معاً ، وقِفَ ملكٌ ، وعَتِقُ مُشْتَرٍ ، وإيلاده ، ومَهْرٌ وطئه ، ثم كلٌّ من عَتَقٍ ووطئٍ ورهنٍ وهبةٍ ، قُبْضاً ، وَبَيْعٌ وإجارةٌ وتزويجٌ ، من البائع فسخٌ^(١) وصَحِيحٌ ومن المُشْتَرَى إجارةٌ) .

أى : وإذا كان الخيار للعاقدين جميعاً فالملك موقوف ، وكذلك

(١) أى فسخ منه للبيع لإشعاره لعدم البقاء عليه ، وظهور الندم ومحلّه فى الوطء إن علم أن الموطوءة المبيعة ، ولم يقصد به الزنا قاله الأذرى ف .

ريعه ، فإن تم البيع ، بان حصول الملك فى البيع والبيع للمشتري ، من وقت البيع ، وإلا بان بقاء ملك البائع ، وكذلك يوقف إعتاق المشتري وإيلاده ووجوب المهر بوطئه ، فإن تمَّ الملك له نفذ ، وبان أن لا مَهْر ، وإلا بطل ولزم المهر وأما النسب فيلحقه فإن ملك الجارية لم تَصِرْ أُم ولد على الأصح ، وإن كان الخيار لهما وأعتق البائع المبيع نفذ عتقه وقدرنا الفسخ متقدما عليه ، وكذا وطؤه فسخ وحلال على الأظهر ، لأننا نقدر الفسخ قبله ، وذلك مفهوم من قوله وصحيح ، وكذلك الرهن ، والهبة المقبوضات ، والبيع والإجارة ، وتزويج الأمة كل ذلك من البائع فسخ وصحيح إذا صدرت هذه من المشتري ، فقد بينا أن العتق والاستيلاء موقوفان ، وما عداهما فلا يصح منه ، لكن الجميع إجارة ، ويبطل بها خياره ، ففهمت من مقتضى اللفظ ، أن مقدمات النكاح ليست فسخاً واستدرك ابن النحوى ، وطء الخنثى المشكل على الحاوى ، والظاهر أنه لا يرد عليه ، لأن الوطء إنما يكون فى الفرج ، ولم يثبت كون ذلك فرجاً ، نعم إن بين كونه أنثى بان أنه فسخ وهذا ظاهر .

وقوله : (لا عَرَضُ لبيع ، وإِذْنٍ فيه وإنكاره) .

أى : ولا يكون عَرَضُ البائع أو المشتري المبيع للبيع فى مدة الخيار ، إجازة ولا فسخاً ، ولا إذا وكل فى بيعه أيضاً ، ولا إذا أنكر البائع البيع والمشتري الشراء ، فكل ذلك لا يكون فسخاً ولا إجازة ، لأنه لا يقتضى إزالة الملك .

وقوله : (ثم تصرفه ، ووطؤه بإذن البائع ، لا سكوته ، إجازة ، ومنهما)^(١) .

أى : إذا أذن البائع للمشتري فى التصرف ، أو الوطاء فوطاً فكذلك إجازة منهما ، ولزم العقد ، ولم يلزمه بالوطء مهرٌ ، ولا قيمةٌ وكَلَدٍ ، ولا يحتاج إلى ذكر سقوط المهر وقيمة الولد ، لأن ذلك مفهوم من قوله : ثم تصرفه ووطؤه بالاذن إجازةً منهما . وقوله فى الحاوى : وإذنه بوطء المشتري إجازة . فافتضى كلامه ، أن الإذن من البائع ، بالوطء إجازة منه وإن لم يطاء المشتري ، وليس كذلك ، بل ذلك إذا كان وطئاً كما فى العزيز ، والروضة ، ولو علم بوطء المشتري ولم ينكر عليه ، لم يكن إجازة ، كما لو علم بوطء أمته ، فسكت ، لا يسقط مهرهاً بذلك بخلاف ما إذا أذن فيه .

وقوله : (وإن اشترى عبداً بأمة ، وأعتقهما معاً والخيار له ، عتق ، أو للبائع لغاً ؛ أو لهما عتقت) .

أى : إذا أعتقهما مُشْتَرِ العبد ، وكان الخيار مشروطاً له دون البائع ، فالعبد ينتقل إلى ملكه ، لأن الملك لمن خيّر فقد صادف عتقه ملكه ، وإن كان الخيار لبائع العبد فقد ذكر فى الحاوى والعزيز والروضة ، أنه يُوقَفُ العتق فإن أُجيز العقد بأن عتق العبد ، وإن فسخ عتقت ، والذي يقتضيه القياس ، أن عتقهما يلغو ، كما قاله الأسنوى

(١) فيلزم به ولا يجب بالوطء مهر ولا قيمة ولد ، وإنما لم يكن سكوته كإذنه لأنه لا ينسب لساكت قول ومن ثم لو سكت على تحريق متاعه لم يسقط الضمان ، وأفهم كلامه أن مجرد إذنه ، فى تصرف أو وطء لا يكون إجازة منه ، وهو كذلك .

لأنه قد سبق أنه إذا كان الخيار لأحدهما فالملك في المبيع له ، وأن الثمن يكون ملكاً للآخر ، فالملك في المبيع في هذه الحالة لبائعه ، فكيف ينفذ تصرف المشتري فيه قيل ملكه ، وأما الأمة فلا تعتق عليه أيضاً ، وإن كانت على ملكه ، لأنه قد حُجِرَ على نفسه بجعله الخيار للآخر ، وتعلق حقه بها ، وقد نقل مثل ذلك في الروضة قبل ذلك ، عن ظاهر النص ، وإن كان الخيار لهما عتقت الأمة ولم يعتق العبد لأن عتقها يتضمن الإجازة ، وهو ممنوع من الاستبداد في حق الآخر ، وأما إنكار الأسنوي عن الرافعي والنووي عتق العبد والخيار للمشتري فناقض لقوله آنفاً ، إنه إذا كان الخيار لأحدهما فالملك في المبيع له وأن الثمن يكون ملكاً لصاحبه والمبيع هو العبد ، والأمة ثمن ، وقد صححوا أن الثمن ما يدخل عليه الباء واحتجوا به لقوله وإن لم يكن بد من تملكه لواحد ، فتملكه^(١) لما له يد ، استصحاباً للأصل أولى ، هادِم لقاعدته التي بنى عليها هذا الحكم .

وقوله : (وبفقد وصف مقصود ، شرط ، كإسلام وكُفْر ، وفحولة وخصاء ، وبكارة ، وختانة وكونها كتابية تحل) .

أي : لما فرغ من خيار التروى ، شرع في ذكر خيار النقص^(٢) ، المتعلق بفوات أمر مظنون لبناء الظن فيه ، أما من التزام شرط أو تقرير فعلي ، أو قضاء عرفي ، فالأول ما أشار إليه ، بقوله . وبفقد

(١) عبارة (ب) (فتملكه لمن بذله استصحاباً للأصل أولى به) .

(٢) المسمى خيار النقيصة المقابل لخيار التثبي (خيار المجلس وخيار الشرط) / م .

وصف مقصود شُرْط ، وهو الوصف ، إن تعلقت به زيادة مالية ،
أوجب الخلف فيه الخيار ، وكذلك ما يتعلق به غرض مقصود ،
فإن لم يتعلق به أحد هذين لغا ، فمما يتعلق به زيادة المال ، كونه
كاتباً أو خبازاً ، أو صانعاً ونحوه ، ويكفى أن يوجد من الوصف
المذكور ما يقع عليه الاسم ، وإذا شرط في الرقيق أنه مسلم ، فبان أنه
كافر ، ثبت الخيار ، وكذا إذا شرط كفره فبان مسلماً ، لأن الكافر
يرغب فيه المسلم والكافر ، وكذلك إذا شرط أنه فحل فبان خصياً ،
أو عكسه ثبت الخيار لاختلاف الأغراض في ذلك ، وإذا شرط
كونها بكرًا فبانت ثيباً ثبت الخيار أيضاً لأن شرط كونها ثيباً فخرجت
بكرًا على الأصح ، وقال في الحاوي : ثبت الخيار ، وهو خلاف
الصحيح ، لأن البكر أفضل ، ولا مبالاة بتقدير ضعفه عنها ، فهو
كما لو شرط كون العبد أمياً فبان كاتباً ، وإن شرط مختوناً فبان
أغلف رد لا عكسه ، وإن شرط كونها ذمية يحل وطؤها فبانت مجوسية
ثبت الخيار ، فإن شرط كونها يهودية فبانت نصرانية لم يضر لأن
كلا منهما يحل وطؤها .

وقوله : (ويثبت في حيوان تَصَرَّى^(١) ، فيردُّه ، وصاعَ تمرٍ ، عن
لبنٍ ، مأْكولٍ حُلِبَ ، إن لم يَرْضِيا ردُّه وبحبس ماءٍ عين^(٢)) .

أى هذا هو القسم الثانى ، أى ويثبت الخيار بِتَصَرِّي حيوان

(١) بأن ترك حلبه لنحو نسيان أو بفعل البائع ، أو غيره بأن ربط أخلافه أو ترك حلبه على خلاف عادته لنبيه صل
الله عليه وسلم عن تعرية الإبل والغنم ف .

(٢) أى جارية لست أو رضى فحذف عين أخضر وأعم ، ثم ارساله عند الرؤية ، ليتخيل مشتر أو مستاجر كثرة
فتح الجواد .

سواءً قصدت أم لا ، وهو أن يترك حلب الناقة وغيرها خلاف العادة حتى يجتمع اللبن فيها ، ويتخيل المشتري غزارة دَرَّها ، وهو مأخوذ من قولهم صرى الماء في الحوض أى جمعه ، وهو حرام لما فيه من التدليس قال صلى^(١) الله عليه وسلم « لا تَصُرُّوا الإبل والغنم للبيع ، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو مخير بين النظرين بعد أن محلبها ثلاثاً ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر » وله الرد بتصرية الحيوان مطلقاً ، من آدمى وغيره ، فإذا اشترى جارية أو أتاناً مصراً فله ردها ، لأن لبنها مقصود للحضانة والتربية ، وهذا الرد على الفور كخيار الرد بالعيب ، ويرد معها عوض اللبن صاعاً من تمر لا من غيره ، سواء قل اللبن أو كثر ، لأنه تقدير من الشارع لقطع الخصومة ، حتى لو اشترى شاة بصاع تمر ردها وصاعاً من تمر ، ويسترد الصاع الذى هو الثمن ، ولا يرد الصاع إلا فى لبن حيوان يؤكل ، فلا شيء فى لبن أتان ، أو آدمية ، فإن رَدَّ المصراة قبل أن يحلب فلا شيء عليه ، ولا يتعين الصاع إلا إذا لم يرضيا بتسليم اللبن المحلوب ، ولا يتعين رَدُّ اللبن ، إذا طلبه البائع ، لاختلاطه بلبن المشتري الحادث بعد ملكه ، ولا أخذه إن بدَّله المشتري ، لذهاب الطراوة ، وكذلك إذا حبس ماء العين الجارية ، وأرسله عند البيع ، فله الخيار لأن هذا نوع غرر ، كالتصرية .

وقوله : (وَتَحْمِيرُ وَجَنَةِ ، وَتَجْعِيدُ شَعَرٍ ، وَتَسْوِيدُهُ ، لا تُلَطِّخُ

(١) هذا الحديث رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، متفق عليه والبخارى وأبو داود بلفظ آخر . - ص ٢١٤ نيل الأوطار .

ثوب بسواد ، ولا لغبن كظن زُجاجة جَوْهَرَة^(١) .

أى : إذا باع جارية ، وقد حَمَّرَ وجنتها عند البيع ، وسود شعرها ، وكان أحمر أو أبيض ، أو جعده وكان سبطا ، أو أرسل الزنبور في وجهها لِيُظَنَّ سمينه عصى لأنه غَرَّ ، وكان للمشتري الخيار ، ولو لطح ثوب الغلام بسواد ليوهم أنه كاتب ، أو خبَّاز ، فليس للمشتري الخيار لضعف الغرر بذلك لأن الإنسان قد يلبس ثوب غيره ، ولتقصيره بعدم البحث ، وكذا إذا أكثر من عَلَفِ الدابة حتى انتفخ بطنها ليوهم حملها ، وكذلك لا خيار بالغبن الفاحش ، بدليل قصة حَبَّان بن مُنْقِذ ، حيث لم يُثَبِّتْ له الخيار بالغبن بل أرشده ، وقال : فقل لا خلافة . فإذا اشترى زجاجة ظنها جوهرة ، فلا خيار لتقصيره ، وقال في الحاوى^(٢) : ولا بتَحَفُّله ، أى ولا بأن يتحفل الحيوان ، من غير قَصْدٍ تصرية ، بأن نسي حلبها ونحوه ، وهو ما قطع به الغزالي والذي قطع به القاضي حسين ، وصححه البغوي ، أن التحفل يثبت الخيار .

وقوله : (وبجهل بِعَيْبِ بَاقٍ مَنْقِصٍ ، قيمةٍ أَوْ غَبْنٍ ، مفوت غرض يَقِلُّ في أَمْثَالِهِ ، سابق وكذا قبل قبض ، لا بفعل مُشْتَرٍ ، ثم قَتْلُ وَقَطْعُ ، ونحوه ، بعد قبض ، بسبب تقدم كهو قَبْلُهُ ، لا موت بمرض) .

(١) عمل ذلك إذا لم يستند ظنه لفعل البائع كأن صبغ الزجاجة بصيغ صيرها به تحاكى بعض الجواهر ، فيخير حينئذ لعذره .

(٢) ح « وتسويد الشعر وتجميده لا تلطيخ الثوب بالمداد وتحفله والغبن كضراء زجاجة ظنها جوهرة .

أى : اعلم أن هذا هو القسم الثالث ، المتعلق بخلف الظن ، فيما اقتضاه العرف ، فمن باع عينا وعلم بها عيبا ، وجب عليه أن يبينه للمشتري ، ويجب على غير البائع أيضاً أن يُعْلِمَهُ به إذا علمه ، وليس له أن يرد بالعيب ، إلا إن كان العيب باقياً فإن اشترى معيباً وزال عيبه ، ثم علم به لم يجز له الرد على الأصح ، وكذا من علم التصرية وقد درت الشاة بقدر ما استقرت به التصرية لا يُردُّ أيضاً على الأصح ، ولا يُردُّ إلا بعيب ينقص به قيمة المبيع أو شيء من جزأيه وإن لم ينقص به القيمة ، وستأتي أمثلة ذلك ولا بد من أن يكون ذلك النقص بما يفوت به غرض ، وأن السلامة منه غالبية في أمثال المبيع ، وأن يكون العيب سابقاً للعقد ، وحكمه بعد العقد وقبل القبض كذلك أيضاً ، إلا أنه إن كان بفعل المشتري ، بأن قطع يد العبد مثلاً ، فإنه لا خيار له ، بل يكون مانعاً من الرد بالعيب القديم ، لأنه يعد قابضاً لما أتلّف ، حتى لو قبله كان قابضاً لجميعه واستقر عليه ثمنه ، وأما جنايته عليه قبل البيع فكجناية غيره ، وأما ما حدث بعد القبض فهو من ضمان المشتري ، إلا إذا كان سببه متقدماً على القبض ، فإن له حكم الواقع قبله في ثبوت الخيار بالقبض ، وفي الانفساخ بتلفه ، وهذا كله إذا اشتراه وقبضه وهو جاهل به ، فإن كان عالماً فلا خيار ، ولا انفساخ ، وإن علم به بعد حدوث عيب آخر معه تعذر الرد قهراً وطالب بالأرّش ، للعيب القديم ، وإذا اشترى مرتداً ، أو سارقاً ، أو مزوجة ، جاهلاً ثبت له الخيار ، فإن قُتل المرتد ، أو قطع يد السارق وافتضت المزوجة فقليل : إن هذا عيب حادث في يد المشتري ، فهو من ضمانه ، فليس له

الرد بل له الأَرش ، وهو ما بين قيمته مستحق القتل أو القطع ونحوه وغير مستحقه ، والصحيح أَنه من ضمان البائع ، وأن حكمه حكم ما لو جرى ذلك في يد البائع ، فيفسخ في المرتد حتى يجب على البائع مؤنة تجهيزه ، ويثبت له الخيار في المقطوع والمُفْتَضَّة^(١) ، إلا إن تعذر الرد بعيب حادث فإنه يجب له حينئذ أَرش عيب السرقة والقطع والتزويج والافتضاض ، أما إذا اشتراه مريضاً ، فمات بعد القبض من المرض فليس الموت بعد القبض من المرض السابق ، كالموت منه قبله ، لأن المرض تزايد ، فلا يكون موته من المرض الأول خاصة فعليه أَرش المرض فقط ، وقوله في الحاوي^(٢) : غالب العدم في أمثاله قبل القبض لا بفعل المشتري ، وقوله بعده بسبب سابق من ضمان البائع ، فيه أمران :

الثاني : أنه حد العيب قبل القبض فيما يثبت له الخيار والعيب بعد القبض ، بسبب قبله مما يجب به الضمان ، فأوهم أنه لا يثبت له الخيار وأن له حكماً آخر وليس كذلك بل حكمهما واحد وكل منهما

(٢) وفح « وبعبء منقص القيمة أو العين مفوت غرض غالب العدم في أمثاله قبل القبض لا بفعل المشتري ولا إن زال قبل فسحه كسكونها مستحاضة أو معتدة أو محرمة أو متزوجة أو متزوجاً أو خصياً أو مختأً لنح » .

من ضمان البائع ، كما بيّناه ، ولكنه لما رأى الخيار يثبت بموجب القطع ونحوه وإن لم يحصل ، وأن حصوله لا يحدث إيجاب خيار ، وكان الضمان حينئذ ، مختلفاً فيه ، أراد التنبيه على الصحيح وأنه من ضمان البائع فعدل إلى هذه العبارة ، فحصل الإشكال ، فلو سوى ما قبل القبض وبعده لسلم .

وقوله : (والعيب كاستحاضة ، وكُفْر حَرَمَها ، أو نقص ، وعِدَّة ، وإحرام بإذن ، وخصاء^(١) ونكاح وَخَنَثٍ وَغُرْلَةٍ ، كبير ، وكونه خُنْثَى ، أو مُؤَجَّرًا) .

أى : العيب المُنْقِصُ بالقيمة ، هو الاستحاضة ، والعدة ، وأما الكفر فالأصح إن كان عيباً مُنْقِصاً للقيمة في بلاد الإسلام رُدُّ به ، وإن لم ينقص القيمة ، كِبِلَادٍ وتجارها كفار لم يكن عيباً سواء كان ذكراً أو أنثى ، وتزويد الأنثى إن كانت وثنية ، أو مجوسية فله الخيار على الأصح أيضاً ، وإن كانت يهودية أو نصرانية فهو كما هو مذكور في الروضة ، والإحرام بالحج والعمرة بالإذن كل ذلك عيب يفوت به غرض صحيح ، وكذلك التزويج للعبد والأمة ، وأطلق في الحاوى ، كون الإحرام عيباً ، وليس على إطلاقه ، بل هو مخصوص بما إذا أحرم بإذن السيد ، وإلا فللمشتري تحليله فلا يكون عيباً ، ولم يتعرض في الحاوى لكون الكفر عيباً ، والأصح هذا التقسيم الذى ذكره في الإرشاد ، بل ذكْرُهُ إِيَّاه بما فقد من الأوصاف المقصودة بالشروط ، يقتضى أنه ليس عيباً ،

(١) الخصاء سل الأنثيين سواء أقطع الوعاء والذكر منها أم لا / م .

والخَصَى مثال لما يَنْقُص العين ، ومثل به وإن كان قد تزيد به القيمة ليدخل غيره من طريق الأولى ، فالخصاء نقص تفوت به الفحولة وهي غرض صحيح ، بخلاف من قطع من فخذة وساقه فَلَذَّةٌ صغيرة لا تورث شيئاً ، فإنها لا تؤثر ، ولو قطع من أذن الشاة ما يمنع التضحية فهو عيب ، ولا يخفى ثبوته بكونه أعرج أو أخفش^(١) ، أو أعشى أو أبكم أو أرت أو أقرع أو أقزح أو أثاليل أو خيلان^(٢) كثيرة أو أبهر أو أبرص ، أو مجذوماً أو ممكناً من نفسه ، أو بكون الأمة قرناء^(٣) أو رتقاء ، أو أحد ثدييها أكبر من الآخر ، واصطكاك الركبتين ، وانقلاب القدمين إلى الوحشى عيب^(٤) ، واحترز بقوله يقل في أمثاله من الثيابة في الأماء فإنها تنقص القيمة ولكنها ليست بقليلة فيهن ، بل هي الغالب إلا إن كانت صغيرة لا يكون مثلها فإنها عيب^٥ والخنث عيب ، ولا أثر لكونه رطب الكلام طبعاً ، ومن العيوب كونه كبيراً بِغُرْلَتِهِ لم يختن لأنه يخشى على الكبير من الختان ، بخلاف المرأة ، والصغيرة ولم يتعرض له في الحاوى : ومن العيوب كونه خنثى ، وإن لم يكن مشكلاً ، وليس عدم الختان عيباً إلا في الكبير يخاف عليه منه ، ولا كون الأمة أخته من النسب أو الرضاع أو موطوءة أبيه ؛ لأن ذلك لا يقلل رغبة غيره فيها بخلاف المعتدة والمُحَرَّمَة ، ويثبت بكونه مجنوناً ، أو مخبولاً ، أو أبيض الشعر ، في غير أوانه ،

(١) الخفش صغر العينين وضعف البصر وصاحبه ييمر في الليل والنيم أكثر من النهار والصحو م / .

(٢) بكسر الخاء جمع خال وهو الشامة .

(٣) أو يتناول طهرها فوق المادة أو نفخاء تغير رائحة الفرج وزاد المغنى أو كونه أيتراً ونصل ابن الصباغ فقال

إن كان أعبط وهو الذى يعمل بيديه ممّا فليس بيبب لأن ذلك زيادة في القوة وألا فهو عيب م / .

(٤) وحشى القدمين هو الذى لا تقبل إحدى قدميه على الأخرى فكل منهما في اتجاه يضاد اتجاه الأخرى م / .

ولا بأس بحمرته ، ويثبت بكونه ذا سِنَّ زائدة ، أو إصبع زائدة ، أو نَمَامًا أو سَاحِرًا ، أو قاذفا المحصنات^(١) أو مقامرا أو تاركاً للصلاة أو شارب خمر ، أو زانياً^(٢) ، وإن تاب ، أو آبقاً ولو مرة ، وكذا السرقة^(٣) ، والبول في الفراش ، ولا هو صغير دون السبع ، وكذا البخر النائي^(٤) من المعدة ، والصنان المستحكم ، وكون الجارية حاملاً ، أو لا تحيض^(٥) أو مجوسية ، وكون الدابة جموحاً ، أو رموحاً أو عضوضاً ، وكون الدار منزلاً للحية ، والأرض ثقيلة الخراج وما أشبه ذلك ، وكذلك إذا خرَجَ المبيع مؤجراً ، لما فيه من سلب المنفعة .

وقوله : (فَإِنْ أَجَازَ فَلَا أَرَشَ) .

أى : إذا رضى بالعيب ، وأجاز البيع ، وطلب أرشاً لم يعط ، سواء حدث قبل البيع أو بعده وقبل القبض ، وسواء كان بفعل البائع أو أجنبياً ، إلا إذا عيبه الأجنبي بعد العقد وقبل القبض كما سيأتى :

وقوله : (وَشَرَطَ بِدَارٍ ، بَرْدٍ يَفْسَخُ عَقْدًا ، إِنْ عِلِمَ كَمَا فِي الشُّفْعَةِ ، وَأَشْهَدُ بِهِ فِي طَرِيقِهِ ، إِنْ أَمَكْنَ ، وَرَدَ حَصَّةَ عَقْدٍ وَبِتَرَاوَضَ ، بَعْضًا بِزَائِدٍ اتَّصَلَ ، وَالْحَمْلَ هُنَا كَمَنْفَصَلٍ ، وَبِضْبَعٍ أَوْ إِجَارَةٍ بِأَرَشٍ ، لَمْ يَبْذُلْ بَائِعٌ قِيَمَتَهُ) .

(١) المحصنات قيد عند صاحب المغنى وعند الرمل ليس بقيد / هـ .

(٢) أى إذا وجد عند البائع فقط أو عندهما أما لو وجد عند المشتري ولم يثبت وجوده عند البائع فهو عيب حدث عند المشتري فلا رد به / هـ .

(٣) أى وأن وجدت عند المشتري بعد وجودها في يد البائع / هـ .

(٤) وهى فى سن الحيض غالباً ، بأن بلغت عشرين سنة قاله القاضى لأن ذلك إنما يكون لئلا انتهى / هـ .

أى : إذا علم بالعيب ، فله الرد قهراً ، بشرط أن يرد المعقود عليه
 فى صفقة واحدة جميعه ، فإن اشترى عبيدين ووجد بأحدهما عيباً
 فلا يرد قهراً إلا بالجميع ، نعم إن تراضيا على رد المعيب وحده جاز ،
 ولو اشتراهما من رجلين ، بل لو اشترى منهما عبداً واحداً فله رد
 حصة أحدهما كما سبق بيانه ، ويشترط أن يكون الرد حال العلم ،
 فإن آخر بطل ، إلا لعذر كما سيأتى فى الشفعة ، وأن يشهد فى طريقه
 إلى المالك ، أو الحاكم ، وهذا فيما يترتب على رده فسخ عقد ، أما
 إذا كان المعيب عوضاً عما فى الذمة كدَيْن السلم والكتابة ، وثمن المبيع
 فى الذمة ، فإنه لا يشترط رده على الفور على الأوجه من الاحتمالين ،
 كما ذكره فى العزيز والروضة فى آخر الحكم الأول من الباب الثانى
 من الكتابة ، واعلم أن الإشهاد ، إنما يكون على الفسخ ، لا على أنه
 عزم عازم على الفسخ على الصحيح ، وإذا رده بالعيب رده بالزوائد
 المتصلة كالسمن وكبر الشجر وتعلم الصنعة لأن ذلك تابع والحمل فى
 الرد كالمنفصل على الأصح ، لأنه يأخذ قسطاً من الثمن على الصحيح ،
 وإن باعها حاملاً ردها مع الحمل إن كانت حاملاً ومع الولد إن وضعته ،
 لأن لهما حكم العينين المبيعين ، فإن باعها حائلاً فحملت ولم تنقص
 به العين ردها دون الحمل لأنه كالمنفصل عند من يعطيه قسطاً من
 الثمن والثمرة قبل التأبير كحمل ، فإن وجد بالثوب عيباً وقد صبغه
 وأراد رده على أن يكون شريكاً بالصبغ لم يكن له ذلك ، بل له الخيار
 إن شاء رده وترك الصبغ ، وإن شاء أجاز وطلب بأرش العيب ، ثم
 للبائع أن يمتنع من بذل الأرش بأن يقول : افسخ وأنا أعطيك قيمة

الصبيغ ، وقوله في الحاوى^(١) : فيرد حصة عقد وبالرضا بعضاً إلى قوله ويُشهد إلى أن ينتهى إليه ، فيه أمور :

أحدها : أنه اشترط الرد حال العلم ، والصحيح أنه إذا اطلع عليه ليلاً ، أمهل إلى الصباح ، بل التأخير سائر الأعذار المذكورة في الشفعة.

الثاني : أنه أطلق وجوب الرد حال العلم ، وهو مخصوص بالعين المعقود عليه ، أما لو كان ديناً في الذمة ، كدين السلم ونحوه ، فإنه لا يشترط المبادرة برده لأنه لا يترتب عليه فسخ كما سبق ذكره .

الثالث : أنه عد الصبيغ من الزوائد المنفصلة ، وليس منها ولا نظير لها ، لأن الزوائد المتصلة كالسمن ، حكمها أنه بالخيار بين أن يرده . وبين أن يجيز ولا شيء له فيه . وحكم الصبيغ أنه يخير بين أن يرده مجاناً وبين أن يجيز ويطالب بأرش العيب ، ففضى فيه بغير حكمه ، وأمهل أيضاً ما قضاوا به ، من أن البائع ، إذا بذل قيمة الصبيغ ، لم يكن للمشتري أن يطالبه بالأرش ، بل يُخیر بين أن يفسخ ويأخذ قيمة الصبيغ وبين أن يُجِيرَ مجاناً وكل هذا مفهوم من الإرشاد .

الرابع : قوله وحمل عند العقد ، يوهم أنه لا يجب رده إلا عند الاتصال ، لأنه حده مع الزوائد المتصلة ، والأصح أن حكمه منفصل فيلزمه رده وإن انفصل ، بخلاف الحمل الحادث .

(١) وفي ح « فيرد حصة عقد وبالرضا بعضاً حال العلم بزوائد متصلة كصبيغ وحمل عند العقد وفعل عيب نزعه إلى السقوط وإن نقص بما توقف عليه الوقوف واستخدمه ووطه الثيب وعاد ورفع إلى الحاكم ويشهد إلى أن ينتهى .

الخامس : أنه خصص الإِشهاد فى الطريق بما إذا رفع إلى الحاكم وليس كذلك ، بل عليه أن يشهد فى طريقه إلى المالك كما يشهد فى طريقه إلى الحاكم .

وقوله : (وبعد كسر يخفى عيبٌ دُونَه ، واستخدامه ، وبيع ، ووطء ثيب) .

أى : وإن اطلع على العيب بكسر لا يُعلم العيب إلا به ، فإن اشترى بطيخة ونحوها وكان عيبها الحموضة فقور منها شيئاً لم يرد ، لأن الحموضة تعرف بالفرز وإن قورها تقويراً يطلع على كونها مدودة بدونه وعيبها التدويد لم يرد ، فإن كان لا يطلع عيبها إلا بذلك رد وكذلك إذا استخدم الميعب قبل أن يعلم بالعيب ردّه ، ولا يرد الأجرة ، ولا سائر الفوائد ، المنفصلة كاللبن ونحوه وكذلك إذا باعها ثم عادت إليه ، وقد اطلع على العيب ردها ، ولو وطئ الأمة وهى ثيب ، ثم وجد بها عيباً فله ردها وإن وطئها البائع أو أجنبي وطأً تصير به زانية لم يرد ، لأن هذا عيب حدث .

وقوله : (أو رفع إلى الحاكم ثم أشهد) .

أى : هو مخير ، فإن شاء ردّ على المالك وإن شاء رفع إلى الحاكم فإن لم يجد المالك ولا الحاكم ، اكتفى حينئذ بالإِشهاد ، وإنما يخير بين المالك والحاكم ، إذا كانا فى البلد فإن كان أحدهما غائباً تعين الحاضر .

وقوله : (ومع نَعْلٍ عَيْبٍ نَزَعُهُ ، أَنَّ أَمَهْلَ بِهِ ^(١)) .

أى : إذا اطلع على الْعَيْبِ وقد نَعَلَ الدابة وكان نزع النُّعْلِ يُعَيِّبُهَا
فله الردَّ إِنَّ أَمَهْلَ بنزعه حتى يسقط وَيُجْبَرُ البائع على القبول ، إِذْ
لَا مَنَّةَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ وَلَا ضَرَرَ .

وقوله : (وترك انتفاعاً ، فَيَنْزَعُ ثَوْبًا ، لا في شارع ، وَسَرَجًا
لا عذاراً ، وَإِنْ عَسَرَ قَوْدَ رَكِيبٍ) .

أى : وَيَرُدُّ إِنْ تَرَكَ الانتفاع مطلقاً ، فلو انتفع به في إِغْلَاقِ باب
أو وضع كوز من يده بطل الرد ، وعلى الدابة سرج فلو تناول منه
الكوز ولم يكن أمره بإيصاله إليه ، لم يضر ، لَأَنَّهُ كَوَضَعَهُ عَلَى الْأَرْضِ
وَإِذَا أَرَادَ الرد وعلى الدابة سرج فليضعه على ظهرها لَأَنَّ إيصاله يجب
عليه وحمله على الفرس أو الحمار انتفاع بها ، وأما العذار واللجام
فلا ، لَأَنَّهُمَا خَفِيفَانِ وَإِذَا أَطَّلَعَ عَلَى الْعَيْبِ فِي ثَوْبٍ وَهُوَ لَابِسُهُ فِي شَارِعٍ
مِنَ الْبَلَدِ ، لم يكلف نزعه فيه ، لَأَنَّ الْعَادَةَ أَنَّ الثَوْبَ لَا يَنْزَعُ فِي
الشارع ، هكذا نقله الرافعي والنووي عن الماوردي ، وأقره ولم
يَتَعَرَّضْ لَهُ فِي الْحَاوِي ، وَإِذَا رَدَّ الدابة ، وكانت صعبة يعسر قودها
فله ركوها .

(١) أى بالنزع إلى السقوط ويجبر البائع حينئذ على قبوله إِذْ لَا مَنَّةَ عَلَيْهِ فِيهِ وَلَا ضَرَرَ ، وليس للمشتري طلب
قيمه فإنها حقيرة في معرض رد الدابة ، فإن سقط ولو بفعله فيما يظهر استرده لَأَنَّهُ تَرَكَهُ إِعْرَاضَ فَقِيدٍ بِحَالَةِ اتِّصَالِهِ ،
بالدابة ، لَأَتَمْلِكُ ، فهو شبيه بالإعارة ، ويظهر أنها لو ماتت ، كان للمشتري ، لَأَنَّهُ الْآنَ فِي حَكْمِ سَقُوطِهِ ، وَإِنَّمَا مَلِكُ
الصَّبْغِ ، لَأَنَّهُ صِفَةٌ تَابِعَةٌ ، وَأَفْهَمُ قَوْلُهُ مَعَ فِعْلِهِ أَنَّهُ لَوْ اشْتَغَلَ بِنَزْعِهِ بَطَلَ حَقُّهُ مِنَ الرَّدِّ ، وَالْأَرْضُ ، وقوله عيب نزعه ، أَنَّهُ لَوْ لَمْ
يَعْيِبْ كَانَ لَهُ النَّزْعُ وَلَوْ قَبْلَ الرَّدِّ عَلَى الْأَوْجِهَةِ لِأَنَّ زَمَنَهُ قَصِيرٌ ، وَبِهِ فَارَقَ اشْتَغَالَهُ بِجَزْءِ الصَّوْفِ ، فَإِنْ لَمْ يَنْزَعْ لَمْ يَجِبِ
البائع على القبول ، وَإِنَّمَا أَجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الصَّوْفِ لَأَنَّهُ يَشْبَهُ السَّمْنَ ف .

وقوله : (فان اعتاض عن الرَّد بطلا ، لا الرد إن جهل) .

أى : وإذا اتفقا على عوض يبذله البائع عن الرد بطلت المعاوضة وبطل الرد ؛ لأنه أخر بدون عذر ، إلا إذا كان جاهلا يظن صحة هذه المعاوضة ، فإن خياره باق ، لأنه لم يرض بترك الرد مجاناً .

وقوله : (ولغير مُقَصِّرٍ أيس من رَدُّ بْتَلَفٍ ، وَنِكَاحٍ وَتَعَيُّبٍ لا بَيْعٍ أَرَشٍ) .

أى : وإذا وجد بالمبيع عيباً وتعذر رَدُّه ، نظرت فإن كان لكونه باعه أو وهبه لم يكن له أن يطالب بالأرَش ، لأنه ما أيس من رده فربما يعود إلى ملكه فيرده ، وإن أيس من الرَّد نظرت ، فإن كان لتقصيره بأن اطلع على العيب ولم يبادر ، إلى الرد ونحو ذلك فلا أرش له ، وإن كان لتلف المبيع أو إعتاقه أو وقفه أو تزويج الجارية لأن النكاح يَرِدُ للدوام ، ألحق بالآيس من الرد ، يستحق الأرَش وكذلك إذا حدث في يد المشتري عيب لم يكن له أن يرد على البائع ، لما في ذلك من الإضرار به ، ولا يُكَلَّفُ المشتري القناعة مَعِيّاً ، بل يرجع بالأرَش على البائع ، جمعاً بين المصلحتين .

وقوله : (بِنِسْبَةِ نَقْصٍ أَقل قيم المبيع من العقد إلى القبض إلى الثمن) .

اعلم أن هذه مسألة وضعت على أصل صحيح ، وحملها المتأخرون على غيره ، وحاولوا إيضاحها فأشكلت وذلك أنهم يعتبرون الأكثر

والأقل في التقويم ، بارتفاع السعر وانخفاضه ، وذلك إنما يؤثر لو كان الغرم من القيمة ، وإلا فالمبيع إذا كانت قيمته سليماً ، عند البيع مثلاً مائة ومعيباً تسعين ، ثم رخص فكانت قيمته يوم القبض عشرة ومعيباً تسعة ، فقد علمنا أن بين المعيب والسليم العشر ، سواء رخص السعر أم غلا ، ولما رأى بعضهم عدم تأثير الرخص والغلاء ، قال : يعتبر أكثر قيمة الجزء الغائب من العقد ، إلى القبض وأقل قيمة الباقي ، وأن من العجز أن يحكم بضمن زيادة قيمة التالف ، بزيادة السعر ، وهو تالف ، ولو نظروا إلى ما يقتضيه التعديل ، لاستغنوا عن هذا العرض الطويل ، فإنهم قالوا إنما اعتبروا الأقل ، لأن ما نقص نقص من ضمان البائع ، قد علمنا أن الغاصب لا يضمن تفاوت السعر بعد التلف ، فكيف يضمنه البائع ، وإنما يضمن البائع ما يطرأ على المبيع من نقص فيه قبل القبض ، ولهذا خير المشتري لأجله ، وصورة المسألة : اشترى عبداً وقيمته عشرة وقبضه ، وقد تعيب في يد البائع حتى بلغت قيمته خمسة ، ورضى به المشتري ، ثم اطلع بعد تلف العبد على عيب قديم ، قيمته يوم العقد تسعة ، فقد غبن يوم العقد ديناراً ، وذلك الدينار إن نسب إلى أكثر القيمتين ، فهو العُشر ، وإن نسب إلى أقلها فهو الخمس ، فقالوا ينسب إلى أقلهما لأن النقص من ضمان البائع ويرجع بخمس الثمن ، هذا في صورة نقصان القيمة ، وأما في صورة زيادتها ، فبأن تشتريه بعشرة ، ثم يتعلم صنعة ، فقبضه ، وقيمته عشرون ، ثم اطلع على العيب الذي غبن به ديناراً ، فإن نسبنا الدينار إلى أكثر القيمتين فهو نصف العُشر ، وإن نسبناه إلى أقلهما ، فهو

العشر ، وقد قالوا ينسب إلى أقلهما فيرجع بعشر الثمن ، ولو اتفق في صورة واحدة زيادة ونقصان ، بأن تَعَيَّب فبلغت قيمته قبل القبض خمسة وتعلم صنعة فبلغت قيمته يوم القبض عشرين والعيب الحادث قبل القبض موجود فيه فقومنا بالأقل فرجع بخمس الثمن لأن زيادة حدثت في ملك المشتري ، فهنا ثلاث قيم ، اعتبر أقلها ، ولهذا قال يعتبر أقل قيم ولم يقل قيمتي العقد والقبض .

وقوله : (من عينه ، ولو زال وعاد وتَعَيَّب ولا أرش) .

أى : إذا وجب^(١) [الأرش] بغبن من الثمن ، فإن كان الأرش عُشْر القيمة وطالب به استحق عُشْر الثمن ، وإذا كان خمسها فخمس الثمن إذا كان الثمن باقيا في ملكه ، وكذا إذا زال وعاد على الأصح ، فلو حدث بالثمن بعد القبض عَيْب ، أخذ العشر المذكور أو الخمس معيباً ، ولا أرش على البائع كما أنه لو زاد ، الثمن ، زيادة متصلة ، كان للمشتري أخذها مجاناً .

وقوله : (فإن تلف أو بعضه ، وهو مُعَيَّنٌ ، فَمِنْ بَدَلِهِ ، وَيُعْتَبَرُ فِي مُعَيَّنٍ أَقْلُ قِيَمٍ مُتَقَوِّمَةٍ كَذَلِكَ) .

أى : فإن تلف الثمن الذى تَعَيَّنَ الأخذ منه ، تعين الأخذ من بدله ، فإن تلف بعضه فالأخذ من الباقي ومن البدل من كل بقسطه ، وبدل الثمن إن كان مثلياً فمثله ، وإن كان متقوماً قوم من يوم العقد

(١) هذا اللفظ (الأرش) بهامش (أ) وفي موضعها من (ب) .

إلى القبض كما سبق ، ومن صورته أن يشتري عبداً بجاريتين ، فإن تلف العبد واطَّلَعَ على عيب فيه يَبْلُغُ أرشه مثلاً خُمُسُ القيمة رجع بخمس الجاريتين ، فإن كانتا تالفتين رجع بخمس الأقل من قيمتهما من يوم العقد إلى القبض ، وإن وجد بأحدهما أو بأحدهما عيباً أخذ خمسهما مع العيب بلا أرش ، فإن تلف إحداهما أخذ خمس واحدة وخمس البدل ، على ما تقدم ، وقوله في الحاوى : فله من الثمن عينه ، وإن عاد بلا أرش نقصان الصفة ، وبدله إن تلف أقل ما كان من يوم العقد إلى القبض ، بنسبة نقصان أقل قيمتي العقد والقبض ، فيه أمران .

أحدهما : أن قوله : فله من الثمن عينه . عام للرجوع للثمن المعين والثمن في الذمة ، وكلامه لا يستقيم فيهما إلا إذا كانا باقيين فإنه يستحق الرجوع في الثمن مطلقاً أو في بعضه ، أما إذا كان تالفاً فإنه إن كان في الذمة ، فالبديل لا يختلف ، وإن كان معيناً فله حكم المبيع يُعتبر أقل قيمتي العقد والقبض .

الثاني : أن قوله : وبدله إن تلف أقل ما كان من يوم العقد إلى القبض . صوابه أقل ما كان المتقوم منه ، لأن ذلك مختص بالمتقوم الذى يتأثر بنقص قيمته من العقد إلى القبض ، وأما المثلث فنقصان القيمة فيه ، وزيادتها لا تؤثر .

وقوله : (وإن أخذ الأرش ، أو قُضِيَ به ، فزال الحادثُ ، لم يُردَّ إلا بتراض) .

وإذا اطلع على العيب القديم وقد حدث عنده عيب منعه الرد ،
فأخذ أرش القديم ، أو قَضَى له به الحاكم ثم زال العيب الحادث
لم يكن لواحد منهما نقص ما قد انفصل أمره ولا نقص ما حكم به
الحاكم ، وقوله في الحاوى^(١) : أما بعد تسليم الأرش فلا رد ، وأما
قبله ، فيردُّ ، وإن حكم الحاكم ، والذي صححه النووى ، ما قلناه ،
نعم إن تراضيا بعد تسليم الأرش ، أو حكم الحاكم على الرد ، جاز .
وقوله : (ولا يأخذه ، حيثُ ربَّاً ، بل يُردُّ بأرش الحادث) .

أى : وإذا اشترى سوار ذهب مثلاً بوزنه ذهباً ، ثم وجد به عيباً ،
وقد حدث عنده عيب ، لم يكن له أن يأخذ الأرش من الذهب لما يلزم
من التفاضل ولا من غيره ، لاقتضائه إلى قاعدة مُدَّ عَجْوَة ودرهم بمد عَجْوَة
ودرهم ، وسبيله أن يسلم الأرش الحادث ، ويرد المبيع ولا مفاضلة
ههنا ، لبطلان المعاوضة ، ويكون ما سلَّمه أرشاً لما هو مضمون عليه ،
كأرش المأخوذ على وجه السَّوْم .

وقوله : (وَصُدِّقَ بِائِعٌ ، فى حَدُوثٍ مُمَكِّنٍ ، وحلف كجوابه) .

أى : إذا اختلفا فى الْعَيْبِ فقال المشتري هذا العيب قديم فلى الرد ،
وقال البائع بل حادث فلا ردَّ لك ، فالقول قول البائع ، لأنَّ الأصل
عدم العيب ولزوم العقد ، وهذا محمول على ما يحتمل الحدوث كالمرض ،
وأما نحو الإصبع الزائدة ، والشجرة المندملة والعهدُ قريب ، فلا يصدق

(١) وفى ح « فإن زال الحادث بعد أخذ أرش القديم فلا رد له وقبله بعد القضاء بالأرش جاز كما بالتراضى .

إلا المشتري ، فليُخْمَل طلاق الحاوي^(١) على ذلك ، وإذا صدقنا البائع فكيف يحلف ، الأصح أنه يحلف كجوابه ، فإذا ادعى المشتري أن العيب قديم ، فقال البائع لا يلزمني الرد ، كفاه أن يحلف كذلك ، ولا يلزمه أن يَحْلِفَ وَفْقَ الدَّعْوَى .

وقوله : (والإقالة فسخٌ لا بَيْعٌ ، وتصح في بعض ، وتالف ببطل ، وقَبْلَ قَبْضٍ بلفظ بيع ، وتفسد بنقص وزيادة في ثمن) .

أى : الإقالة بَعْدَ البيع جائِزةٌ ، ويستحب أن يُقال النادم على البيع ، لقوله صلى الله عليه وسلم^(٢) « من قال . نادما صفقته ، أقال الله عشرته يوم القيامة » وصورته . أن يقول المتبايعان . تقايلنا أو تفاسخنا أو يقول أحدهما أقلتك ويقول الآخر قبلت ، ولو باعه إياه قبل القبض بعين الثمن المعين أو بمثله إن كان في الذمة صح ، وإن كان إقالة ذكره في حكم المبيع قبل القبض في الروضة^(٣) وأصلها ، نقلا عن صاحب^(٤) التتمة والأصح أنها فسخ لا بيع ، فلا يثبت فيه خيار مجلس ، ولا شرط ، ولا يتجدد بها شفعة ، ولا يجب قبض عوض في المجلس إذا كانا صَرَفًا ونحوه ، وإذا أقاله وقد تلف المبيع أو بعضه صح ، ورجع ببطل ما تلف إن كان مثليا ، فالمثل ، وإن كان متقوما ،

(١) وفي ح « والقول للبائع في حلوثه وحلف كما أجاب »

(٢) رواية أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أقال مسلما بيعته أقال الله عشرته » رواه أبو داود وابن ماجه وصححه ابن حبان والحاكم ، والبزار بلفظ « من أقال نادما » - ٣ ص ٢٦ بلوغ المرام .

(٣) الروضة للإمام النووي اختصرها من شرح الوجيز للامام الرافعي فأصلها مختصر شرح الوجيز (المسمى فتح العزيز) والوجيز للفرأى .

(٤) صاحب التتمة المتولى .

فأقل قيمتي العقد والقبض ، ويجوز في بعض المبيع ، إن قلنا فسخ وهو الأصح ، أو قلنا بيع ، ولم تلزم الجهالة ، فإن لزم كَأَن اشترى عبيدين ، فتقابلا في أحدهما مع بقاء الثاني ، قال الإمام لا يجوز على قولنا بيع للجهل بحصة كل واحدة ، فإن اشترى بعشرة مثلاً ، وأقاله بأقل أو بأكثر ، فسدت الإقالة ، لأن الفسخ لا يقتضي عوضاً ، فيبقى العقد بحاله ، وكذلك لو شرط أن يزيده في الثمن ، أو يقبل الصراح على المكسر ، فسدت .

أحكام البيع وبما يكون قبضه

وقوله : (فَضْلٌ^(١) . قَبْضُ عَقَارٍ ، بِتَخْلِيَةٍ وَإِخْلَاءٍ ، لَا مِنْ زَرْعٍ وَمَالٍ غَيْرِهِ) .

إذا كان المبيع عقاراً ، كالدور والأرض وما في معناهما مما لا ينقل كالشجر والثمر عليها والزرع ، فقبضه بالتخلية ، وذلك بأن يخلى البائع بينه وبين المشتري ، بلفظ يدل عليها ، وبذلك يمكنه التصرف فيه ، ولابد في الدار المشحونة بأمتعة البائع من التفريغ منها ، والمغلقة من تسليم المفتاح إليه ، والسفينة المشحونة بالمتاع كالدار ، ولو كانت مشحونة بأمتعة الأجنبي لم يلزمه تفريغها : لأنه لم يبق للبائع يد ، ولو اشترى أرضاً مزروعة جاز على الأصح أن يقبضها مزروعة ، بخلاف الدار المشحونة ، لأن نقل البائع ممكن في الحال ، بخلاف الزرع .

وقوله : (وَخَفِيفٌ تَنَاوُلٌ ، وَمَنْقُولٌ بِنَقْلِ ، وَلَوْ بِتَحْوِيلٍ فِي دَارٍ بَائِعٍ ، إِنْ أَذِنَ^(٢)) .

أى : فإذا كان المبيع خفيفاً يتناول باليد ، كفاه تناوله ، وجاز

(١) في حكم المبيع قبل قبضه وبعده وهو يستدعى بيان القبض والمرجع فيه العرف ، إذ لا ضابط له لغة ولا شرعاً كالأحياء والحرز / ٥ .

(٢) البائع في التحويل للقبض وكان المشتري إشاراً مانقلاً إليه فإن لم يأذن ، أو أذن في محدد للتحويل ، وله حق الحبس كان قبضاً مضماً لا محوراً للتصرف ، وزعم أن أخذه قبض ، وإن لم يضمه في محل آخر سهو منشؤه اشتباه هذا بالخفيف السابق وكنقله بأذنه نقله إلى متاع مملوك له ، أو معار في حيز يختص البائع به ، قال القاضى وكذا إلى نحو شارع ومسجد وإنما يكون كل من التحلية والتناول والنقل قبض بمجرد في مالم يقدر ، أما ما بيع تقديره كأرض وثوب ذرعاً ولبن وماشية عدا فلا تكن النقل / ف .

التصرف فيه بذلك سواء تركه في دار البائع ، أو أخرج به ، وإن كان مما ينقل فلا بد من نقله ، لحديث^(١) ابن عمر « كنا نشترى من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » ولأن العادة في قبض المنقول ، النقل ، فإن كان في موضع يختص بالبائع كفى التحويل ، إلى جانب آخر ، وكذلك يكتفى بالتحويل في دار البائع ، إذا أذن له في تركه فيها ، لأنه عارية ، بمكانه منها ، فإن حوله فيها بلا إذن لم يكن قبضاً صحيحاً ، وقوله في الحاوي : قبض العقار بالتخية ، والمنقول بالنقل ، ومن بيت من دار البائع إلى دار آخر بإذن : فيه أمور :

أحدها : اكتفى في نحو الدار بالتخية مطلقاً وذلك إنما يكون إذا كانت فارغة ، وأما المشحونة بالمتاع فلا بد من تفريغها كما بيناه .

الثاني : أنه عم ، جميع المنقولات ، بأنه لا يكفي فيها ، إلا النقل من دار البائع ، إلا أن يأذن له في موضع آخر منها ، وقد نصوا على أن الخفيف منها يكفي فيه التناول باليد ، فإذا تناوله فقد صار مقبوضاً ، سواء كان في دار البائع ، أو غيرها .

الثالث : أن قوله : ومن بيت ومن دار البائع إلى آخر . بأنه بوهم اشتراطاً إلى البيت الآخر ، وليس كذلك ، بل لو حوَّله بإذنه من جانب البيت إلى جانب كفى .

(١) حديث ابن عمر رواه الجماعة بلفظ « كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق فنهام رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى ينقلوه وفي الصحيحين حتى يحولوه » رواه الشيخان ، وحديث « لا تبين شيئاً حتى تقبضه » رواه البيهقي وقال إسناده حسن متصل ، وروى أبو داود عن زيد بن ثابت « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع سلعة حتى يحوزها التجار إلى حالهم » - ص ١٥٨ نيل الأوطار .

وقوله : (بما قُدِّرَ^(١)) ، من زَرْعٍ وَعَدٍّ وَكِيلٍ وَوَزْنٍ ، لا بواحدٍ عن غيره ،
وضمن به وَجَدَدَ لثان^(٢)) أو باع في مِكْيَالِهِ^(٣)) .

أى : وإذا كان العقد على مبيع بتقدير لم يكف قبضه غير مقدر ،
والتقدير بالوزن أو الكيل أو العدُّ أو الزرع ولا يصح أن يقبض
بأحدهما عن الآخر ، فإن فعل لم يجز له بيعه لعدم القبض الصحيح ،
أما الضمان فينقل إليه ، ويصير من ضمانه ، لوجود اليد الحسية ،
ولو اشترى صبرة كل صاع بدرهم أو عشرة آصع منها بكذا ، ثم
قبض الصبرة قبل الكيل أو الوزن لم يجز وفيه إشكال ، وقد سبق
إيضاحه في الربا عند الكلام على ما إذا باع صبرة صغيرة بمثلها من
كبرى ، وتفرقا قبل الكيل أو الوزن بعد تَقَابُضِ الجملتين وإن
اشترى الصبرة كل صاع بدرهم واكتاها بحضرة آخر ثم باعها مكايلة ،
لم يكف الكيل الأول للنهي عن بيع الطعام^(٤) حتى تجرى فيه الصيعان ،
يعنى صاع البائع وصاع المشتري ، نعم إن اشتراه ثم قبضه ثم باعه
وهو باق في مكْيَالِهِ صح ؛ لأن الاستدامة كافية .

وقوله : وَوَضَعِهِ^(٥) بَيْنَ يَدَيْهِ ، لا لِضَمَانٍ ، إن استحق .

(١) وإنما يكون من التخلية والتناول والنقل قبضا ، بمجردة فيما لم يقدره ، أما ما بيع تقديرًا كأرض وثوب
ذراعًا ، أو لبن أو ماشية عدًّا أو كيلًا ، أو وزنًا لكل ذراع أو صاع بدرهم فلا يكتفى في قبضه النقل ، إلا مع تقديره ف .
(٢) اشترى صاعًا في مكْيَالِهِ ، ثم وهو باق / هـ .
(٣) كفاه لأن استدامة المكيال ، كابتدائه ، وكذا الوزن والزرع / ف .
(٤) لحديث جابر رضي الله تعالى عنه قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان
صاع البائع وصاع المشتري ، رواه ابن ماجه والدارقطني - هـ ص ١٦٠ نيل الأوطار .
(٥) نعم أن وضعه بين يديه بأمره ، ضمنه ، وخرج بين يديه ، يمينه أو يساره ، فلا يكون قبضًا / م .

أى : ويحصل القبض بأن يضعه البائع بين يدي المشتري ؛
لأنه تسليمه واجب على البائع ، وتسلمه واجب على المشتري فاكفى
به بالوضع بين يدي المشتري كالغاصب يضع المصوب بين يدي مالكة
فيبراً بذلك ، فإن خرج مُسْتَحَقًّا ، ولم يجر قبض غير الوضع بين
يديه لم يكن له ، ضامنا له .

وقوله : (وَيَسْتَبْدُّ بِهِ حَيْثُ لَا حَبْسَ ، وَتَوَلَّى الْوَالِدُ طَرَفَيْهِ ، كَبَيْعٍ
وَنِكَاحٍ) .

أى : إذا اشترى شيئاً فله الاستبداد بقبضه من غير إذن البائع
إلا إن كان البائع يستحق حبسه كما سيأتى ، فإن قبضه وهو مستحق
الحبس أجبر على إعادته إليه حتى يسلم الثمن ، أو يأذن له ،
وللوالد ، أن يتولى طرفي القبض فيكون مُقْبِضًا قابضاً لولده ، كما
يتولى طرفي العقد في البيع ، فيقول مثلاً بعت لولدى عبدى بكذا ،
أو قبلت له ، والوالد يشمل ولاية الجد ويتصور في النكاح بزواج
ابن ابنه ، بنت ابنه الآخر .

وقوله : (وَلِكُلِّ غَيْرِ بَائِعٍ بِأَجَلٍ ، حَبْسٌ مُعَوَّضٍ خَوْفَ فَوْتٍ ،
فِي جَبْرَانٍ ، وَالْثَمَنُ مُعَيَّنٌ ، وَإِلَّا فَبَائِعٌ ثُمَّ مُشْتَرٍ ، فَإِنْ أَخَّرَ^(١) ،
حُجْرَ^(٢) عَلَى مَالِهِ ، فَإِنْ غَابَ مَالُهُ مَسَافَةً قَصُرَ فُسْخٌ) .

(١) المشتري التسليم ، بأن امتنع منه وماله حاضر أو غائب دون مسافة القصر / م .
(٢) أى حجر الحاكم عليه حيث لم يكن محجوراً عليه بفلس في التصرف في شيء منه ، وإن كثر ومنه المبيع إلى أن
يسلم الثمن لثلاث تصرف بما يطل حق البائع ، ويسمى هذا الحجر الغريب ، لإذ يفارق حجر الفلس في أنه لا يرجع فيه لعين
المبيع ولا يتوقف على سؤال الغريم ولا على فك القاضي ، بل ينفك بمجرد التسليم على الأوجه ، ولأجل نقص ماله على الوفاء
بعذر البائع هنا ، حيث سلم بإجبار الحاكم ، ومثله لو سلم متبرعاً اعتبر النقص كالفلس وفي أنه ينفق على موته نفقة الموصر
ولا يمتدى لحدوث ولا يباع فيه مسكن ولا خادم بإمكان الوفاء ، من غيره أى إذا كان في المال سعة / ف .

أى : إذا اشترى عَيْنًا بِعَيْنٍ أَوْ بِمَالٍ حَالٍ فِي ذِمَّتِهِ ، فَلِكُلِّ مِنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي أَنْ يَحْبِسَ الْمُعَوَّضَ حَتَّى يَسْلَمَ الْآخِرَ إِلَيْهِ عَوَضَهُ ، فَإِذَا سَلَّمَهُ ، لَزِمَ الْآخِرَ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ لَهُ الْاسْتِبْدَادُ بِالْقَبْضِ حِينَئِذٍ ، وَقَوْلُهُ فِي الْحَاوِي : حَبَسَ عَوَضَهُ وَصَوَابُهُ حَبَسَ مُعَوَّضَهُ ، لِأَنَّ الْعَوَضَ هُوَ الْبَدْلُ ، وَإِنْ كَانَ مُؤْجَلًا لَمْ يَسْتَحَقَّ الْحَبْسَ ، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ التَّسْلِيمُ ، وَيَسْتَبْدُ صَاحِبُهُ فِي الْقَبْضِ ، ثُمَّ إِذَا تَرَفَّعَ إِلَى الْحَاكِمِ ، نَظَرَتْ فَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ مُعَيَّنًا أَجْبَرَ الْحَاكِمُ هَذَا عَلَى تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَهَذَا عَلَى تَسْلِيمِ الثَّمَنِ ، إِلَيْهِ ، أَوْ إِلَى عَدْلٍ ، نُعْطَى كَلَامَهُ ، وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ فِي الذِّمَّةِ ، أَجْبَرَ الْبَائِعَ أَوَّلًا عَلَى تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ ، لِأَنَّهُ لَا يَخَافُ هَلَاكَ الثَّمَنِ ، وَلِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ بِالْحَوَالَةِ ، وَالْإِعْتِيَاظِ ، وَالْمُشْتَرِي بِخِلَافِ ذَلِكَ ، ثُمَّ يَجْبِرُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ ذَلِكَ عَلَى التَّسْلِيمِ فِي الْحَالِ ، فَإِنْ أَخَّرَ التَّسْلِيمَ بَيِّنًا كَانَ مَالُهُ غَائِبًا عَنِ الْمَجْلِسِ ، حَجَرَ عَلَيْهِ الْحَاكِمُ فِي الْمَبِيعِ وَفِي سَائِرِ أَمْوَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ مَفْلُوسًا أَوْ مَالُهُ غَائِبًا عَلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ ، فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخَ وَالرَّجُوعَ إِلَى الْمَبِيعِ وَلَا يَكْلِفُ الصَّبْرَ إِلَى حُضُورِ مَالِهِ ، وَقَوْلُهُ فِي الْحَاوِي^(١) :
بَدَأَ الْبَائِعُ فَيَجْبِرُ الْمُشْتَرِي ، حَالًا : فِيهِ ، أَمْرَانِ :

أَحَدُهُمَا : قَوْلُهُ بَدَأَ الْبَائِعُ أَرَادَ أَنَّهُ يَجْبِرُ عَلَى أَنْ يَسْلَمَ أَوَّلًا وَلَا تَصْرِيحَ فِيهِ بِذَلِكَ ، بَلِ الْمَفْهُومُ مَعَهُ أَنَّ إِجْبَارَ الْمُشْتَرِي مُتَوَقَّفٌ عَلَى بَدَأَةِ الْبَائِعِ بِالتَّسْلِيمِ وَهُوَ وَجْهُ .

الثَّانِي : أَنَّ إِجْبَارَ الْبَائِعِ ، أَوَّلًا لَيْسَ ، عَلَى إِطْلَاقِهِ ، بَلْ ذَلِكَ

(١) وَفِي ح « وَقَبْضَ الْجُزْءِ الشَّائِعِ بِالْجَمْعِ وَبَدَأَ الْبَائِعُ فَيَجْبِرُ الْمُشْتَرِي حَالًا » .

إذا كان الثمن فى الذمة ، أمّا إذا كان معيناً فالصحيح الذى قطع به الجمهور ، كما قال النووى : أنه له حكم المبيع ، فيجبر كل واحد منهما ، كما إذا تبايعا بعوضين ، وقد بيّناه .

وقوله : (وَقَبْضُ شَائِعٍ ، بالجميع) .

أى : إذا اشترى نصف صبرة مشاعاً فقبضها بأن يسلم إليه الجميع ، وتكون يده على الباقي يد أمانة .

وقوله : (وينفسخ قبل قبض بتلفه ، وإتلاف البائع ، وعتقه مؤسراً باقيه ، وإن أبرأه قبل عن ضمانه) .

أى : المبيع قبل قبض المبيع من ضمان البائع ، بمعنى إذا تلف قبل القبض ، بآفة سماوية انفسخ ، وإذا انفسخ ، كان المبيع هالكاً على ملك البائع ، فمؤنة تجهيزه عليه ، والصحيح أنه يقدر انتقال الملك إليه قبيل الموت ، ولا يرتفع من أصله ، ويسلم من فوائده للمشتري ، وكذا حكم إتلاف البائع ، فلو باع بعض عبد ، ثم أعتق باقيه قبل قبض المشتري - وهو مؤسر - انفسخ البيع وعتق جميعه ، وكان ، كأنه ، أتلفه ، ولو أبرأ المشتري البائع من ضمان المبيع قبل القبض ، لم يبرأ على الصحيح .

وقوله : (والرَّيْعُ^(١) فى يده ، أمانة للمشتري ، كَرِكَازَ يَجِدُهُ الْعَبْدُ ، وهبة يقبلها ، ولا أجره إن استخدمه) .

(١) أى الزوائد الحادثة قبل القبض وبعد العقد ، وإذا استخدم البائع المبيع قبل القبض فلا أجر عليه / هـ .

أى : وزوائد المبيع قبل القبض ، ملك مستقر للمشتري ، له بيعها وهبتها ، وليس له حبسها لأجل الثمن ، وهى أمانة فى يده ، فإذا وجد العبد ركازاً ، أو وهب له ، أو وصّى له فقبل ، فكل ذلك يدخل فى ملك المشتري وإن أتلف العبد ، قبل القبض ، وإذا استخدم البائع المبيع ، فلا أجره عليه ، لأن إتلافه كآفة سبوية .

وقوله : (وإن أتلفه أجنبى ، أو عيبه ، ضمنه ^(١) ، وخير مشتري) .

أى : وإذا أتلفه أجنبى لم ينفسخ البيع ؛ لأن القيمة قد ثبتت فى ذمة الأجنبى فيخير له بين الفسخ ، واسترداد الثمن ، والإجازة ، ومطالبة الأجنبى ، وكذا إذا عيبه الأجنبى فى يد البائع ، فإن للمشتري الخيار من الفسخ والإجازة ، فإذا أجاز رجع على الأجنبى بالأرش .

وقوله : (وإتلافه لا لدفع وحد قبض) .

أى : وإتلاف المشتري المبيع قبض ، إلا إذا صال عليه فقتله للدفع عن نفسه ، أو للحد ، بأن كان مرتدّاً ، أو تاركاً للصلاة ، أو زانياً محصناً ، وقد أطلق فى الحاوى ^(٢) : أن إتلافه قبض ، ولا بد من استثناء هذا ، وكذا المرتد ، وتارك الصلاة ، والزانى المحصن إذا كان المشتري إماماً ، وأما المقتضى ونحوه ، فليس إتلافه قبضاً .

(١) ومحل الخيار فى غير ربوى ، وفى أجنبى أهل للالتزام ، ولم يكن تالفاً بحق ، وألا كان كان حريباً أو أبله لنحو صيال وكذا رده وزنا وترك صلاة ، وهو إمام أو نائبه ، أخلاً بما يأتى ، انفسخ البيع كالأفة ، وتعييبه بنفسه أو بفعل بائع يخير به المشتري بلا أرش ، فإن كان بفعله كقطعة يده ، كان قابضاً لها ، فإن تلف بفعل غيره القلع ضمنها بجزء من الثمن ، فيقوم صحيحاً ثم متطوعاً ويستقر عليه من الثمن مثل تلك النسبة / ف .

(٢) وفى ح « وإتلاف المشتري قبض » .

وقوله : (وَمُغْرٍ أَعْجَمِي أَوْ غَيْرِ مُمَيِّزٍ مُتْلِفٌ) .

أى : وإذا أغرى البائع أو المشتري ، أو أجنبى أعجمياً يعتقد وجوب الطاعة أو صبيهاً غير مميز ، أو مجنوناً باتلاف المبيع ، فهو المتلف ، فينفسخ إن كان بائعاً ، ويتخير المشتري إن كان أجنبياً ويصير قابضاً إن كان مشترياً .

وقوله : (وَقَبْلَ قَبْضٍ ، اِمْتَنَعَ فِيمَا يُضْمَنُ ^(١) بِعَقْدٍ بَيْعٌ ، وَتَصَرُّفٌ ، لَا إِجَارَةَ مِنْ مُؤَجَّرٍ وَعِتْقٍ وَإِلَادٍ وَنِكَاحٍ) .

أى : ويمتنع قبل قبض العين المبيعة ، وكذا كل عين تُضْمَنُ ضمان العقد من ثمن ، وصداق ، وعوض ، فى الخلع ، وصلاح عن دم ، ومنفعة مستأجرة ، وأجرة معينة ، ومعنى ضمان العقد ؛ أنه لا يجب مثله أو قيمته إذا تلف ، بل يجب ما اقتضاه العقد ، فيضمن المثلن بالمثلن ، ثم ببذله إن تلف بعد العقد ، والمثلن بالمثلن ثم ببذله إن تلف بعد القبض ، والمنفعة فى الأجرة ، بالإجارة ، ثم ببذله إن تلفت بعد القبض ، والأجرة بالمنفعة ثم ببذله ، إن استوفاهما ، والصداق وعوض الخلع بمهر المثل ؛ لأنه عوض البضع ، وله حكم التالف ، والعوض فى الصلح عن الدم بالدية وكل هذا لا يجوز للمالكها التصرف فيها

(١) وخرج بما يضمن غيره ، نحو وديعة ، وما بيد ولى بعد الرشد ، وموروث يملك المالك يمه ، بأن قبضه قبل موته ، وإن لم يقبضه الوارث ، وما اشتراه من مورثه فأت المورث قبل قبضه ، ولو مديوناً ، وبمقد المضمون ضمان يد ، كالمستام والمفسوخ بالإقالة ، الباقي بيد المشتري ، أو رد له الثمن والا لم يصح تصرفه ، لأن له حبه لاسترداد الثمن ، ومقبوض بمقد ، فاسد ، وغلة وقف ، ولو لجمع أن عين كل قدر حصته ، والثمن المعين كالبيع فى جميع مامر فيه ومزانه حيث كان فى الصفقة نفذ فهو الثمن وإن ضم إليه ، عين أخرى كما هو ظاهر وإلا فادخلت عليه الباء / ف .

قبل القبض ، إلا ما استثناه من العتق والإيلاد لقوتها ، فينفذان - وإن كان المشتري معسراً - لأنَّ البائع هو المقصر في البيع منه ولا يأتي فيه ما في الرهن ، والفرق هنا أنَّ المالك حجر على نفسه ، وينفذ التزويج لأنَّه لا يشترط له القدرة على التسليم بدليل صحة نكاح الآبقة ، ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض من بائعه كغيره ، إلا إذا باعه بمثل ثمنه الذي اشتراه به من غير زيادة ولا نقصان ، ولا تفاوت صفة ، فإنه يصح ، ويكون إقالة ، هكذا نقله في الروضة وأصلها عن المتولى وأقره ، ولكن ذكره في باب الرد بالعيب ، بأنَّ بائع المبيع ، إذا اشتراه من مشتريه بمثل الثمن الأول وهما جاهلان بالعيب ، ثل علم به وأراد رده ، قيل لا يُردُّ ، إذ لا فائدة ، لأنَّه يرد عليه ، والأصح أن له الرد لأنَّه ربما رضى به ، انتهى ، وليس ذلك ، إقالة ، لأنَّ له أن يرد بالعيب ، وإنما يكون إقالة ، إذا جرى قبل القبض ، وأما بعد القبض فيكون بيعاً ، ولا ضرورة في تصحيحه ، إلى جعله إقالة ، وكذا إذا استأجر داراً ، ثم أجراها من المؤجر ، قبل القبض صح أيضاً ، على ما صححه في التنبيه^(١) ، في باب الإجارة والنوى في الروضة ، ولعله محمول ، على ما إذا أجره بغير مثل تلك الأجرة ، أو أكثر ، أمَّا بمثلها ، فينبغي أن يكون إقالة كما سبق ، لأنَّ الإجارة بيع المنفعة ، وأمَّا المضمون باليد ، فالعين التي يضمن بالمثل أو القيمة كالمغصوب والمقبوض على جهة للسوم ، والمعار والمشتري بشراء ، فكل ذلك يصح

(١) التنبيه في فروع الشافعية للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الفقيه الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ ست وسبعين وأربعمائة وهو أحد الكتب الخمسة المشهورة المتداولة بين الشافعية وأكثرها تداولاً كما صرح به النووي في تهذيبه أخذه أبو إسحاق من تعليقه الشيخ أبي حامد المروزي بدأ في تصنيفه في أوائل رمضان سنة ٤٥٢ هـ وفرغ منه سنة ٤٥٣ هـ ج ١/١٩٨ كشف الظنون .

بيعه قبل القبض ، لأنه إذا أتلّفه ضامنا رجع إلى قيمته ، وذلك حكمه لو كان في يد المالك ، ويد مودع ونحوه ممن يده يد أمانة .

وقوله : (وجاز بيع دين غير مضمن ، ممن عليه ، فقط ، إن عين عوضه في المجلس مع قبض ربوى) .

أى الدين إذا كان مضمناً والمضمن هو المسلم فيه ، والمبيع الموصوف في الذمة ، لا يجوز بيعه ممن عليه ، وأما غير ذلك كالثمن والقرض ، وقيم المتلفات ، فإنه يجوز بيعها ، ممن عليه الدين ، « الحديث »^(١) ابن عمر : « كُنْتُ أبيع الإبل في البقيع بالدنانير وأخذ مكانها الورق ، وأبيع بالورق وأخذ مكانها الدنانير ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ لَا بَأْسَ ، إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ » ، فإذا استبدل به ممن عليه نظرت فإن كان ربوياً اشترط أن يحضر المديون ، البذل ويقبضه الغريم في المجلس ، ولا يشترط تعيينه في العقد على الأصح ، وإن كان غير ربوى ، اشترط تعيينه في المجلس لا القبض ، وتملكه بالتعيين ، ولا يشترط تعيينه في العقد على الأصح وقوله في الحاوى^(٢) : لا البيع ولا من البائع إلى قوله : ولا في مطعومين ونقدين : فيه أمور :

(١) حديث ابن عمر « كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير ... الحديث » رواه أصحاب السنن الأربعة وابن حبان وصححه الحاكم على شرط مسلم ، ج ٥ ص ١٥٦ نيل الأوطار .

(٢) وفي « لا البيع ولو من البائع ، والهبة والكتابة والرهن والإجارة فيما يضمن بالعقد كالثمن المعين وعوض البضع والدم ودين السلم وإيداله بغير نوعه ودين الثمن وغير المعاوضة كالقرض يباع من عليه بالقبض في المجلس في مطعومين »

أحدهما : أن مُقْتَضَاهُ بطلان البيع من البائع ، قبل القبض مطلقاً ، وهو مخالف لما سبق ، أنه لو باع إياه بمثل ثمن الأول كما بيناه صح وكان إقالة .

الثاني : أنه أُلْحِقَ بالبيع ونحوه الإجارة ، والأصح أنه يجوز : أن يؤجر من المؤجر قبل القبض ، .

الثالث : أنه خصص من الديون ، الثمن وما ليس بمعاوضة ، والأصح أن ديون المعاوضات ، غير السلم ، كالعوض المصالح عليه عن المال ، والصداق ، والأجرة ملحقة بالثمن .

الرابع : أنه جوز بيعه ممن عليه مطلقاً ولا يشترط إلا القبض ، في الربوى ، وليس كذلك ، بل لابد من تعيين غير الربوى ، في المجلس كما ذكره .

وقوله : (ولا يُبَدِّلُ نوعٌ أَسْلَمَ فيه بنوع) .

أى : لا يجوز لمن أَسْلَمَ في نوع كالعجوة من التمر ، أن يستبدل عنها البرنى ونحوه ، لأن ذلك كالاغتياض ، فهو كما له بدله بجنس آخر ، أما لو أبدله بنوعه الردىء أو الجيد فجاز كما سيأتى .

التولية والاشراك والمراوحة والمحاطة

وقوله : (فصل^(١)) : وَلَيْتُكَ الْعَقْدَ بَيْعٌ ، بِمَا اشْتَرَيْ ، وَأَشْرَكَتُكَ بَيْعٌ نِصْفٍ .

أى : من اشترى شيئاً ثم قال لآخر وليتك هذا البيع ، فقد أوجب له بثمن المثل الذى اشتراه به ، ولا يحتاج إلى ذكر الثمن بل يكفيه العلم به ، فإن كان لم يعلمه فلا بد من أن يعلمه أولاً ، ثم يوليه إياه فيحتاج المشتري إلى القبول ، وفي الأصل وَلَيْتُكَ بَيْعٌ بِمَا اشْتَرَى ، المراد بمثل ، وقد استعمل الأصحاب هذا على سبيل المجاز ، وكذلك بعثك بما قام على حقيقته بمثل ما قام على ، ويشترط في هذا العقد جميع أحكام البيع من القدرة على التسليم ، والتقابض في الربوى ، والخيارين وبتجدد الشفعة ، وإذا قال أشركتك فيه ، فهو بيع نصفه ، عند الإطلاق ، إلا أن يبين الثلث أو الربع فيحمل عليه .

وقوله : (وَلَجِقَ حَطٌّ ، وَلَفَتَ بَعْدَ حَطِّ الْكُلِّ ، أَوْ وَالْثَّمْنُ مُتَقَوْمٌ ، إِلَّا لِمَنْ مَلَكَه)^(٢) .

(١) فى ألفاظ تطلق فى البيع وقد تأثرت بقرائن عرفية أخرجتها عن مدلولها الأصل فى اللغة بزيادة ونقص وسميت مطلقة لأنها غير مفصلة ، لكن لها مدلول شرعى ، تحمل عليه ، وهى مافى هذا الفصل ، أو لاستبعاها غير مسمياتها وهى مافى الفصل الآتى : فمن الأولى التولية ، وهى نقل جميع المبيع إلى المولى بمثل الثمن المثل أو غير المتقوم بلفظها أو ما اشتق منه ، كقول مشتر لعالم بالثمن ، أو جاهل به ثم علم قبل قبوله ، وليتك . . الخ تولية / ف .

(٢) فإذا اشترى عبداً بثوب ، فإن كان ذلك الثوب قد انتقل إلى مالك إنسان فويله المقدم صحت التولية وإلا فلا / ٥ .

أى : وإذا اشترى شيئاً بثمن ثم ولّاه لآخر ، لزمه مثل ذلك الثمن الذى اشتراه ، فإن حط البائع للمشتري ، ولو فى الثمن كله ، انحط أيضاً عمن وُلّى ، وفاز بالمبيع مجاناً .

فإن حط الكل قبل التولية ، ثم ولّاه لم تصح التولية ؛ لأنه لم يبق ثمن يتولاه به ، وكذلك تبطل التولية ، لو كان الثمن غير مثلى ، فإن اشترى عبداً بثوب مثلاً ، ثم وُلّى العقد رجلاً لم يصح إلا إن كان الثوب قد صار إلى ملكه ، فإن توليته تصح .

وقوله فى الحاوى^(١) : بالثمن الأول فيه إطلاق ، والشرط أن يكون مثلياً ، وأهمّل أيضاً بيان جوازه ، بالمتقوم ، إذا ملكه من ولّاه العقد .

وقوله : (وبعت بما قام على به ، وبمؤن ، لا لاستبقاء ، ولا أجر فعليه ، وبئته) .

أى : إذا اشترى شيئاً وقال بعتكه بما قام على ، فهو بيع بما اشتراه وبما لحقه من مؤن ، كأجرة الكيال والدلال ، والحمال والقصار والرفاء والصباغ وقيمة الصبغ ، وأجرة الخباز ، وتطيين الدار ، وسائر المؤن ، التى للاسترباح دون ما وجب لاستبقاء الملك من نفقة وكسوة ، فعلف السمين محسوب ؛ لأنه تزيد به القيمة ، وما يحصل من فوائد المبيع فهو للبائع فى مقابلة ما أنفق ، وكسّى ، وإذا عمل بيده عملاً ، أو أدخل المبيع داره لم يحسب لذلك أجرة ؛ لأنه لم يقيم عليه المال .

(١) وفى ح « وليتك العقد بيع جديد بالثمن الأول » .

(وقوله : وبربح دة يازدة ، أو حطه ، بربح واحد بعد كل عشرة ، أو حطه) .

أى : ويجوز بيع المراجعة مثل أن يقول : بعثك بما اشتريت ، بربح دة يازده ، ومعناه ، بعثك هذا بما اشتريته وزيادة ، واحد لكل عشرة ، فإذا اشترى بمائة مثلاً ، فقد باعه بمائة وعشرة ، وكما يجوز مراجعة يجوز مُحاطَةً بأن يقول : بعثك هذا بما اشتريته ، وحط دة يازدة ، فيحط بعد كل عشرة واحداً ، فهو الحادى عشر^(١) ، فلو كان الثمن الأول مائة وعشرة ، فهو الآن مائة .

وقوله : (ويخبر صدقا ، وبعيبٍ وتعيبٍ وغبنٍ وأجلٍ ، واشترى من طفله ، وبدينٍ ، مماطلٍ ، وإلا خير) .

أى : ويجب عليه أن يصدق فيما أخبر به ، فإن اشتراه معيباً ورضى به ، أو أخذ عنه أرشاً ، أخبر بذلك ، وإن كان العيب حدث معه ، أخبر بحدوثه ، وإن علم أنه غبن في الشراء ، لزمه أن يخبر بذلك ، وإن اشترى مؤجلاً أخبر بالأجل ، وكذلك إذا اشترى من ولده الطفل ، سواء حابه أم لا ، وجب عليه الإخبار بذلك ، وكذلك إذا أخذه من غريم ، مماطل بدين ، أخبره به ، فإن كان مليئاً مُقَرَّراً لم يلزمه ، وإن لم يخبر بصدق في شيء مما ذكرناه ، فالمشترى بالخيار ، وقوله : في الحاوى : ويخبر بذلك صدقا ، وبالأجل ، وبالغبن ، وحدوث عيبٍ ، وجناية ، وبالبائع إن كان ولده الطفل ، أو مماطلا ، اشترى بدينه ، وإلا حط التفاوت بلا خيار : فيه أمور :

(١) أى يحط واحداً بعد كل عشرة فيحط من الأحد عشر واحداً ، وذلك في الصورة الثانية / ٨ .

أحدها : أن قوله ولحدوث عيب ، يوهم أنه لا يجب الإخبار بالعيب القديم ، وليس كذلك ، بل يجب الإخبار به .

الثانى : وبجناية الجناية من العيوب الحادثة ، فلا حاجة إلى ذكرها .

الثالث : أن هذه المسائل الثلاث ، من قوله وبالأجل إلى آخرها ، المعروف فى المذهب خلاف ما ذكر فيها ، وأنه لا حَظَّ فى شىء من ذلك ، بل الضرر يدفع بإثبات الخيار للمشتري ، كما قال النووى ، فى الروضة ، واقتضاه كلام الرافعى .

وبقوله : (نعم إن أخبر ، بزيادة ، حُطَّت ، أو بنقص خَيْرٌ ^(١) ، إن صدق ، أو بين عذراً وأُثِّبَتْ وإلا حَلَفَهُ إن ادعى علمه) .

أى : إذا قال اشتريت بمائة ، فاشترى منه بمائة ، ثم قال اشتريت بتسعين فالأصح أن البيع يصح ، وأنه يحط الزيادة ، وأنه لا خيار للمشتري ، لأنه إذا رضى بالمائة ، فالأولى أن يرضى بتسعين ، فإن غلط بنقص ، بأن قال اشتريت بتسعين ، ثم قال اشتريت بمائة ، لم يثبت الزيادة ، فإن صدق المشتري ثبت للبائع الخيار ، وإن لم يصدقه ، ولم يذكر لغلطه وجهاً لم يسمع بينته ، نعم لو قال هو يعلم صدق ، فله تحليفه على الأصح ، وإن ذكر لغلطه وجهاً كقوله اشتراه وكيلى ولم يعلم ، أو نظر فى جريدتى ^(٢) ونحوه فالأصح أن له تحليفه ، وأنه لو أقام بينة سُمِعَتْ .

(١) أى البائع بين الفسخ والإضاء / هـ .

(٢) أى صيفتى .

وقوله : (وَيُحَاطُ^(١)) الْأَقْلُ مِنْ نَقْصٍ وَأَرْشٍ يَدٍ أَخْذَهُ) .

أى : إذا باع عبداً مرابحة ، وكان قد اشتراه ، بمائة مثلاً وقطعت يده معه ، فأخذ فيها أرساً خمسين ونقص من قيمته ثلاثون ، لم يلزمه أن يقول : قام على بخمسين ، بل له أن يقول : اشتريته بمائة وقطعت يده ونقص ثلاثين ، فلو نقص ستين وقد أخذ خمسين أن يقول : قام على بخمسين نعم يلزمه أن يقول نقص ستين ، وقوله فى الحاوى : وقدر النقصان إن أخذ أرس قطع اليد ، لا المأخوذ وإن نقص وصدق بطل ، وإن كذب حلف ، وإن ذكر مخيلاً سمعت ببيّنة ، فيه أمور :

أحدها : قوله : وإن قدر النقصان إن أخذ أرس قطع اليد لا المأخوذ ، ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان المأخوذ أكثر ، أما إن كان أقل فلا يلزمه أن يحط قدر النقصان ، بل قدر المأخوذ .

الثانى : قوله : وإن نقص وصدق بطل ، الصحيح أنه يصح ، قال فى العزيز^(٢) وقطع به الماوردى ، والغزالي فى الوجيز ، وقال

(١) فإذا كانت القيمة مائة ، والتمن مائة ، فنقص يقطع اليد ثلثها ، وأخذ البائع الأرض نصفها ، حط من الثمن ثلثها لا نصف القيمة ، لأن وجوب الزائد على قدر النقص لثرف كونه آدمياً لا للنقص ، ولو نقص ثلثا قيمته وأخذ الأرض من الثمن نصفها ، حطه فقط ، إذا لم يحصل له أكثر منه ، هذا كله إن باع بلفظ : قام على ، نعم إن كان نقص أكثر من الأرض المقدّر ؛ حط ما أخذ من الثمن ، كما علم ، ثم أخبره بقيامه عليه بالباقي ، وبأنه نقص من قيمته كذا ، أما إذا باعه بلفظ : اشتريت ، فإنه يذكر الثمن والجناية / ف .

(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعى .

النووى : إنه الصحيح ، وقطع به المحاملى^(١) ، والجرجانى^(٢) وصاحب التهذيب ، والشاشى وخلاتق .

الثالث : قوله : وإن كذب حلف ، مقتضاه أن المشتري إذا أنكر ما ادعاه ولم يذكر مخيلا أن له تحليفه في تلك الدعوى ، وليس كذلك ، بل لا يُحلفه إلا إذا ادعى ، أنه عالم بذلك ، أما إذا ذكر مخيلا ، فإن له تحليف المشتري عليها ، لكنه لا يلزمه إلا نفي العلم ، وتسمع بيئته على الأصح .

(١) المحاملى هو . أبو الحسن الكبير من أقران أبي سعيد الاصطخرى وأبي بن أبي هريرة ، قال : وهو القائل بأن من وجد الزاد والراحلة بخراسان يوم عرفة ومات يقضى عنه الحج قلت : هذا غريب ، ٢١١/٢ طبقات الشافعية الكبرى .
(٢) الجرجانى هو . عبد الله بن محمد بن عبد الله بن مبارك الحافظ الكبير أبو أحمد الجرجانى صاحب كتاب « الكامل » وأحد الجهابذة الذين طافوا البلاد وهجروا الوساد ، ولد سنة ٢٧٧ هـ وتوفى سنة ٣٦٥ هـ وله كتاب « الانتصار ٣٣/٢ المرجع السابق » على مختصر المزنى .

البيع بالفاظ تستتبع غير مسمياتها

وقوله : فصل^(١) : (يدخل في بيع أرض وساحة وبقعة ، وبستان ، وقرية ، ودسكرة ، ما بها من بناء وشجر وأصل بقل ، يدوم ، وبذره) .

أى : هذا الفصل ذكر فيه الفاظاً تستتبع غير مسمياتها : كالأرض وفي معناها البقعة ، والساحة والبستان والقرية ، والدسكرة^(٢) فإذا قال : بعتك هذه الأرض أو الساحة ونحوها وأطلق ، دخل في البيع ما فيها من شجر وبناء وكل ما يستدام العامين والثلاثة ، كأصل الكرفس والكراث والرطبة وبذرها ، لأن لها حكم أجزاء الأرض ، ولهذا يؤخذ في الشفعة ، ولو رهن الأرض ، لم تدخل المذكورات ، والفرق ضعف الرهن ، وسيأتى ذكره في بابه إن شاء الله تعالى ، ولو قال بعتكها بما فيها ، أو بحقوقها ، فأولى أن تدخل ، فإذا باع الأرض واستثنى الشجرة والبناء ونحوه لم يدخل ، وكل واحد مما ذكرناه يتناول مما تتناوله الأرض ، وقوله في الحاوى : وأصل البقل وبذر دائم النبات ، لا الزرع ، والبذر فيه تساهل ، فإن اسم البقل لا يختص بما يدوم نباته ، بل هو شامل لكل خضروات الأرض ، قال في الصحاح : كل نبات أخضرت له الأرض فهو بقل ، وفي

(١) في القسم الثاني من الألفاظ السابقة وهى التى قال عنها أنها استتبع غير مسمياتها ومنها الأرض وغيرها / ف .
(٢) الدسكرة : بناء يشبه القصر حوله بيوت ويكون للملوك ، قال الأزهرى : وأحسبه معرباً ، والدسكرة القرية ، المصباح / م

إتباعه إياه ، لقوله : وبذر دائم النبات ما يزيده إشكالا ، وكذلك :
لا البذر ، بعدقوله : وبذر دائم النبات : فلو قال ، لا الزرع وبذره
كان أوضح .

وقوله : (لا نحو زرع ، وجزر ، وبذره ، وخير جاهل ،
لا إن ترك له ، أو فرغ بزمان قصير) .

أى : ولا يدخل فى بيع الأرض ونحوها الزرع : كالبر والشعير
والذرة والدخن ونحو ذلك مما لا نبات لأصله ولا دوام وزرع الذرة
بتهامة ، وإن كان يُجَزُّ مرتين ، وقد يزيد على ذلك ، فإن مدته
لا تزيد مع تكرر جزّاته على مدة ما يُجَزُّ مرة ، ونقل الأذرعى
عن الشيخ أبى حامد فيما يُجزّ مرارا ، ولا يبقى أكثر من سنة ،
أن حكمه حكم الزرع ، ولكنه نقل عن الرويانى^(١) فى الحلبة
أنه قال الشافعى : شجر القثاء والبطيخ يتبع الأرض بإطلاق البيع ،
وما ظهر منها للبائع يأخذها فى وقتها ، ونقله فى الذخائر عن العراقيين
مطلقا ، وفى هذا مباينة بما نحن فيه ، فإن القثاء والبطيخ مما
لا ثبات لأصله ، ولا دوام ، إلا أنه سيأتى عقيب هذا أن البطيخ
والقثاء قبل أن يثمر ملحق بالبقول ، وبعد أن يثمر ملحق بالأشجار ،
فليحمل كلامهم هنا على أنهم أرادوا بعد أن يثمر ، فإن باع أرضاً
وفيهما زرع وشجر جزر ونحوه ، أو بذره ، لم يدخل فى البيع ، فإن كان

(١) حلية المؤمن فى الفروع لأبى المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الرويانى الشافعى المتوفى سنة ٥٥٠٢ هـ ، وهو من المتوسطات
فيه اختيارات كثيرة منها ما يوافق مذهب مالك ، ج ١ / ٣٤٧ كشف الظنون .

المشتري عالماً فلا خيار ، وإن كان جاهلاً ، بأن كانت رؤية الأرض قبل أن يزرع فله الخيار ، إلا أن يترك له البائع الزرع فإنه يجب عليه إمضاء البيع حينئذٍ ، وكذلك إذا ترك أن يفرغ له الأرض وكان ذلك يقع في مدة يسيرة - لا يكون لمثلها أجره - وجب إمضاء البيع ، وقد سبق ذكرُ جواز قبض الأرض المزروعة في بابه ، وإن كان لا يجوز قبض الدار المشحونة بالمتاع ، والفرق يأتي تفرغ الدار سريعاً وعدمه في الأرض المزروعة .

وقوله : (وإن بقيَ فلا أجره) .

أى : وإن اختار إبقاء البيع فلا أجره له في مدة الزرع إلى الحصاد .

وقوله : (وعلى بائع نقل حجر دُفِنَ ، وطمَّ حفَرٍ ، وكذا أجره مدة نقل بعد قبض إن جهل مُشْتَرٍ) .

أى : ومن باع أرضاً وفيها حجارة مدفونة ، أو كنوز أو أقسمة ، لم تدخل في البيع بخلاف الحجارة المخلوقة والمثبتة ، وسواء علم البائع بدفنها أم لا ، فيجب على البائع نقلها من الأرض ، وطم الحفر التي حفرها لإخراجها وعليه أجره الأرض مدة نقل تلك الحجارة ، إن كان إخراجها بعد القبض ، وإن كان قبله فلا أجره ، لأنها جناية من البائع ، لكن يثبت الخيار ، ولا تجب الأجرة بمدة النقل إلا إذا جهل المشتري كون الحجارة فيها ، فإن علم بها فلا أجره ، كما لو اشترى أرضاً فيها زرع وهو عالم .

وقوله : (فَيُخَيَّرُ إِنْ تَضَرَّرَ بِنَقْلِهَا ، لَا إِنْ تُرِكَتْ وَلَمْ تَضُرَّ)^(١) .

أى : وإن ظهرت فى الأرض حجارة مدفونة - ولم يعلم بها المشتري - فعلى البائع إخراجها ، ويُخَيَّرُ المشتري ، إِنْ تَضَرَّرَ بِنَقْلِهَا ، بأن كان النقل يعيبها إلا إِنْ تركها البائع ، وإن كان الترك لا يضر بالمشتري ، فإنه حينئذ يسقط خياره ، كما إذا أَعْرَضَ البائع ، عن النقل التى عَيَّبَ نزعها ، وذلك إذا كانت من فضة ، فإنها لا تدخل فى البيع ، وتكون الحجارة على ملك البائع ، فمتى أخرجها المشتري أخذها منه .

وقوله : (وَفِي بَيْعِ دَابَّةٍ ، نَعْلٌ غَيْرُ فِضَّةٍ ، لَا قِنْ ثَوْبٌ) .

أى : إذا اشترى الدابة ، وهى مُنْتَعِلَةٌ ، دخل النعل فى البيع ، إلا أن يكون من ذهب أو فضة ، ولا يدخل عِذَارٌ ولا سِرْجٌ ، وإذا باع العبد وعليه ثوب لم يدخل الثوب فى البيع ، وقال فى الحاوى^(٢) : ويدخل الثوب ، والصحيح فى الروضة ، والذى صححه النووى فى المنهاج^(٣) خلافه ، قال الأذرعى ونسبه الماوردى إلى جميع الفقهاء ، ثم الأمة فيما ذكرناه كالعبد .

وقوله : (وَفِي دَارٍ ، أَرْضٌ وَبِنَاءٌ وَشَجَرٌ ، وَمَا أَثْبَتَ لِبَقَاءٍ ، كَرَحًا بِفَوْقَانِيٍّ ، وَغُلُقٌ بِمِفْتَاحٍ) .

(١) المشتري ببقائها فيسقط خياره حينئذ ، إبقاء للمقد وإن كان فيه منة ، ولحصولها بما يشبه جزء المبيع لاتصاله به فارقت ما قبلها ، وهذا الترك إعراض لامتلاك ؛ لأنه تابع لا يفرد بعقد ، وعينه زائلة غير باقية بخلاف نحر الحجارة فيها ، ٨ / .

(٢) ح « وخير إن تضرر به ولم يتركه البائع بلا ضرر والعبد الثوب والدابة النمل والدار البناء . الخ » .
(٣) المنهاج للنووى اختصره من المحرر .

أى : إذا باعه الدار دخل البناء الذى فيها ، سائر أنواعه حتى الحمام والمعدود من مرافقها ، وما اشتملت عليه من شجر ، وإن كثر ، وما فيها من خشب مُعدَّد للبقاء كالسقوف والأبواب المنصوبة ، وما عليها من المغاليق بمفاتيحها ، وإن كانت منقولة ، والحلق والسلاسل ، والصباب والرفوف ، والإجانات المثبتة فيها ، وخشب القَصَّار ، والتَّخْتَانِ من حجر الرحا وكذا الفوقانى تبعاً له ، فإن كان يُقْفَل بِقُفْلٍ حديد لم يدخل ، وألواح الدكاكين وأبوابها ، وإن كانت تنقل ، بخلاف سائر المنقولات ، كالسلاالم غير المسمرة ، والسرير ونحو ذلك ، ولا يدخل ماء البئر فى البيع ، وإن قلنا إنه مملوك ؛ لأنه نماء ظاهر فهو للبائع ، فلا يدخل إلا بشرط ، بل لا يصح البيع بشرط دخوله ؛ وإلَّا اختلط كما فى الثمار .

وقوله : (وفى شجر عِرْقٌ وَغُصْنٌ رَطْبٌ ، بورق^(١) لا ثمر ، وَمَغْرُسٌ وَبُقْيَا) .

أى : ويدخل فى بيع الأشجار الأغصان الرطبة ؛ لأنها جزء منها ، بخلاف اليابسة ؛ لأن العادة قطعها فهى كالثمر ، ويدخل الورق حتى ورق الفرصاد^(٢) والسدر^(٣) ونحوهما ، ويتناول العروق أيضاً ،

(١) رطب أيضاً ، خلافاً لما يورمه صنيعة تبعاً للأسنوى ، حتى ورق سدر وتوت ، وإن قصد لتربية ؛ لأن لها ثمرة ، هى المقصودة بالذات ، ومن ثم اتجه أن ورق الحناء لاثمرة له لا يدخل كورق النيلة بخلاف عرجون ووعاء طلع / ف .
(٢) الفرصاد ، قيل : هو والتوت الأحمر ، قال أبو عبيدة : هو التوت ، وفى التهذيب : قال الليث : الفرصاد شجر معروف وأهل البصرة يسمون الشجرة فرصاداً وحملها التوت ، ولكن المراد بالفرصاد فى كلام الفقهاء الشجر الذى يحمل التوت ؛ لأن الشجر قد يسمى باسم الثمر كما يسمى الثمر باسم الشجر / م .
(٣) والسدر ورق مطحون لشجر معروف ، يستعمل فى الغسل لإزالته الوسخ ، ورائحته طيبة .

وإن شرط القلع لا القطع ، ولو باع شجرة يابسة فعلى المشتري تفريغ الأرض منها ، فإن شرط إبقائها لم يصح العقد ، كما لو اشترى الثمر ، بعد بدو الصلاح ، بشرط عدم القطع عند الجذاذ ، ولا تدخر الثمرة الظاهرة ، وظهورها إما بالتأخير^(١) فى النخل ، وإما بتناثر النور بعد الانعقاد فى نحو المشمش ، أو ببروزها من غير نور ، كالتين ، ولا يدخل المغرس فى بيع الشجرة ، لكن يستحق إبقائها ، فإن انقلعت لم يغرس بدلها .

وقوله : (وَبَطَلِ بَيْعُ بَقْلِ ، ونحو بطيخ لم يثمر ، وزرع ما اشتد حبه ، بلا أرض ، لا بشرط قطع كَثْمَرٍ دون أَصْلٍ قبل بدو صلاح ، ولو لبطيخ ، أو بعده ، وغلب اختلاطه) .

أى : ويبطل بيع سائر البقول دون الأرض إلا بشرط القطع ، وإن جُزَّت مرة بعد مرة أخرى ، وقال الغزالي إن ما يُجَزُّ مرة بعد مرة أخرى ، يجوز إفرادها بالبيع من غير شرط القطع ؛ لأنها لا تتعرض للآفة كالشجر ، وهذا وإن كان هو القياس إلا أن كلام الأكثرين يخالفه ، وكذلك البطيخ قبل أن يثمر ملحق بالبقول ، والزرع قبل اشتداد حبه ، كل ذلك لا يصح بيعه إلا بشرط القطع ، كما أن الثمار بعد ظهورها وقبل بدو الصلاح لا يجوز بيعها دون أصلها إلا بشرط القطع ، فإن بيعت الثمار مع أصولها ولو كانت ثمرة بطيخ وقثاء جاز من غير شرط القطع ، والقثاء والبادنجان قبل أن يثمرا ، ملحق

(١) تأخير النخل : تلقيحه ووضع اللقاح للنخلة ليصلح ثمرها / م .

بالقبول ، وبعد أن يثمر ما ملحق بالأشجار ، يجوز بيع أصولها دون الأرض عند الأكثرين ، لكن الإمام^(١) والغزالي لا يُجوزان ذلك ، ويجعلانها قبل بدو الصلاح كما لو لم يثمر ، وأما القطن فنوعان : نوع يبقى سنين فله حكم النخل ، فإن باعه قبل أن يشقق الجوز ، فالثمرة للمشتري وإلا للبائع ، وما لا يبقى أكثر من سنة ، له حكم الزرع ، فإن تكامل قطنه ، وتشقق جاز بيعه من غير شرط القطع ودخل القطن وإن لم يخرج جوزه ، أو خرج ولم يتكامل قطنه بطل إلا بشرط القطع ، وإن تكامل قطنه ولم يتشقق لم يصح العقد ؛ لأن المقصود مستتر ، فإن باعه بشرط القطع فلم يقطع حتى ظهر جوز آخر ، وتشقق فهو للمشتري أيضاً ، وإذا باع الثمرة بعد بدو صلاحها ، وهو مما يغلب اختلاطه بثمر البائع الحادث ، ويتعذر معه التمييز كالتين والبطيخ والباذنجان ، فإنه لا يصح إلا بشرط القطع .

وقوله : (وَخَيْرَ مُشْتَرِي ثَمَرٍ اخْتَلَطَ ، إِلَّا إِنْ سَمَحَ بَائِعٌ) .

أى : وإن باع بشرط القطع ، فأخرت حتى حدثت الثمرة الأخرى واختلطت ، أو كان الشراء والاختلاط غير الغالب في ذلك ، ثم جرى اختلاط ، فالأظهر أن البيع لا يفسخ بذلك ، بل يثبت الخيار بين الإجازة ويكونان شريكين ، وبين أن يفسخ ، نعم لو أراد المشتري أن يفسخ فقال البائع سمحت لك بحق سقط خياره على الأصح ،

(١) إمام الحرمين .

كما سبق في نعل الدابة ، وكذا نقله الأذرعى والقمولى وابن
الرفعة ، وعبارة جميعهم ، فإن سَمَحَ البائع ، ثم إذا سمح فما الحكم ؟
قال الأذرعى : وقد يقال إن المشتري يملكه بمجرد الإعراض كما صرحوا
به في الإعراض عن السنابل ونحوها ، وقوله في الحاوى : وما غلب
اختلاطه بشرط القطع ، فإن وقع بطل ، وفيما يندر الخيار ، إن لم
يهب البائع ما تجدد ، فيه أمران :

أحدهما : أنه فرق بين تخلط الثمار بترك القطع فيما يغلب
اختلاطه ، إذا بيع بشرط القطع ، وبين أن يختلط بالتلاحق فيما
يندر ، فقضى بإبطال البيع في الأولى ، وتصحيحه في الثانية بالخيار ،
والذى قطع به في الروضة ، أنهما سواء لا يبطلهما الاختلاط .

الثانى : أنه شرط في إسقاط الخيار ، أن يهب البائع الثمرة ،
وذلك يقتضى إيجاباً وقبولاً ، وهى خلاف عبارة العزيز والروضة وغيرهما
من كتب الأصحاب ، فإنهم يقولون : فإن سمح البائع ، وبعضهم يقول :
فإن ترك ، فعلمت أن الإعراض كاف ويحصل به الملك ، كالإعراض
عن السنابل ، وإنما لم يجعل الإعراض مملكاً ؛ لأن عودها إلى البائع
متوقع ، ولا سبيل هنا إلى تمييز حق البائع ، فجعل الإعراض تمليكا .

وقوله : (والصلاح والتأبير والتناثر ، لا الظهور في بعض ككل ،
إن اتحد باغٌ وجنس^(١) وعقد فيبقى) .

(١) الباغ : البستان أو الحديقة أو المكان به الفاكهة والزرع / م .

أى : إذا اشترى ثمرة بستان ، وقد بدا الصلاح فى بعضها ، ولو فى نخلة واحدة ، فلجميعه حكم ما بدا صلاحه ، فيباع من غير شرط القطع ، وكذلك إذا ظهرت ثمرة نخلة واحدة ، فكذلك للنخل جميعه حكم ما ظهر ثمره ، وظهوره فى النخل بالتأخير ، وفى نحو الممش بتناثر النور ، وفى التين والعنب ببروزه بنفسه ، فإذا باع النخل وقد تأبرت فيه نخلة ، أو الممش ونحوه وقد تناثر نور بعضه ، فجميع الثمرة كالظاهرة ، فتكون للبائع ، وأما نحو التين والعنب ، فما ظهر منه فهو للبائع وما لم يظهر فهو للمشتري ، ولم يفرق^(١) فى الحاوى بين التأخير فى النخل ، وظهور الثمرة فى العنب والتين ، والصحيح الفرق ، ولكن يشترط أن يتحد البستان المبيع والجنس والعقد ، فإن اختلف شيء من ذلك بأن اشترى نخلاً بعقدين ، أو نخلاً وعنباً فى عقد ، أو نخلاً فى عقد فى بستانين فلكل حكمه ، ثم الثمرة المملوكة بشراء بعد بدو الصلاح أو ببيع الشجرة بعد ظهورها ، ونحو ذلك ، يجب تنقيتها إلى الجذاذ .

وقوله : (ولكل سقى) ، فَإِنْ تَشَاحَا لِيُضْرَ فَسَخَ)^(٢) .

أى : ولكل من مالك الشجر ومالك الثمرة السقى للملكه إن لم يضر السقى ملك الآخر ، وليس لأحدهما الامتناع ، فإن لم يأتئمه

(١) وفى ح « وثمرأ ظهر ويتبعه غيره إن اتحد باغاً وجنباً وعقدا كالصلاح وبقيا .

(٢) فسخ العقد ، أى فسخ الحاكم إذ لا مرجح مالم يتسامح أحدهما ، والسق لكل من مالك الشجر ومالك الثمرة إن نفعها أو لم تضرهما ، على الأوجه ؛ لأن منعه سقيه تعنت ، فإن ضرهما لم يسق أحدهما إلا برضى الآخر ، وليس هنا إضاعة مال ؛ لأن حرمتها إن كان بسببها فعلا ، ومساحته هنا بالترك أشبه ، على أن هنا غرضاً صحيحاً ، هو حرصه على نفع نفسه ونفع صاحبه بإبقاء العقد ، ف .

على دخول البستان نصب الحاكم أميناً لذلك ، فإن ضرهما أو ضر أحدهما ، وتشاحاً^(١) فسخ العقد ، إلا أن يرضى من عليه الضرر .

وقوله : (فإن ضرَّ تركه الشجر ، سقى بائع أو قطع ثمره وعليه سقى لثمر مشتر ، فإن تلف لعطش انفسخ ، أو تعيب به خير ، لا بحاجة بعد تخلية) .

أى : وإن كان ترك السقى يضر بالشجر والثمر ، للبائع أن يطالبه بالسقى ، أو يقطع ثمره ، ويؤخِّره الحاكم على ذلك ، وإن كانت الثمرة للمشتري مثل أن يشتريها بعد بدو الصلاح ، وقد بينا أنه يستحق الإبقاء إلى الجذاذ ، وجب على البائع السقى ؛ لأن التسليم واجب عليه والسقى من تتمته ، فيجب أن يسقيها سقياً يصونها عن التلف والتعيب ، فإن تلفت الثمرة من العطش انفسخ العقد ؛ لأن هذا التلف وقع بترك السقى الواجب بالعقد ، فهو كالقتل بالردة السابقة على القبض ، وإن تعيب بترك السقى خير كالقطع بالسرقة المتقدمة ، بخلاف ما إذا تلف بجائحة أخرى ، فإنه لا ضمان ؛ لأنه بعد القبض قد صار من ضمانه .

(١) تشاحى عدد السقى المحتاج إليه روجع عدلان خيران ، أو فى السقى لكونه يضر أحدهما ، وينفع الآخر أوهما الخ . ثم يفسخ الحاكم ما لم يتسامح أحدهما / هـ .

معاملة العبد

وقوله : (فَضْلٌ^(١) ، لرقيق^(٢)) ، ولو أبقَ ، تجارةً ، ولازمُها بإذنٍ ، لا سكوت ، ولو في نوع ومدة ومكان رسمها) .

أى : هذا موضع ذِكرِهِ معاملة الرقيق ، فتصح التجارة من العبد والأمة ، بإذن السيد ؛ لأنه لم يحجر عليه إلا لأجله ، فإذا أذن له ارتفع الحجر عنه ، فبالإذن في التجارة يحصل الإذن في كل ما يتبع التجارة ، وتكون من لوازمها ، كالنشر والطي والرد بالعيب ، والمخاصمة في العهدة ونحوها ، ولا يكفى في صحة تصرف عبده أن يراه يبيع ويشترى فيسكت على ذلك ، بل لابد من الإذن الصريح ، فلو أذن فأبقَ لم ينزل ؛ لأن الإباق معصية فهو كما لو عصاه بغير الإباق ، ولا يصير محجوراً عليه بذلك ، فإن عين له نوعاً يتجر فيه جاز ، بخلاف القراض ولم يتعد إلى غيره ، وإن عين له مدة ، كقوله : اتجر إلى الشهر الفلاني ، أو بلد كاتجر في البلد الفلاني لم يعجز أن يتعدى ما عيّن له من ذلك ، وقوله في الحاوى : وللعبد بالإذن لا بالسكوت التجارة ، ولازمها ، وإن أبق في نوع ومدة رسم فيه أمور :

(١) قوله : الرقيق : إن قلت أن اللام تقتضى الجواز أى يجوز لرقيق الخ وهو مناف لما يأتى أن تصرفه بإذن سيده استخدام ، لا توكيل وخدمة السيد واجبة لا جائزة فحسب ، قلت : يجاب عن ذلك ، بجوابين ، أحدهما : أن الجواز هنا بعد الامتناع ، والغالب فيما جاز بعد امتناعه أنه واجب . ثانيهما : أننا لا نسلم أنه يجب على الرقيق ، امتثال الإذن بمجرد وإنما شرطه أن يأمره مع الإذن أمراً جازماً ، وأما مجرد إذنه له أو مع أمره غير الجازم ، فلا يجب به إخدام فعب باللام لإفادة أن المتصرف مع الإذن أو مع الإذن غير الجازم جائز لا واجب/ف .

(٢) أى في معاملة الرقيق العبد والأمة وتصرفه منه مالا ينفذ بالإذن كالولاية والشهادة وما ينفذ بالأذن كالعبادة والطلاق ، ومالا ينفذ إلا بأذن وهو كما قال : لرقيق الخ/ف .

أحدها : قوله : وللعبد التجارة ، لا يختص بالعبد ، بل الأمة كالعبد ،
فلو قال : وللرقيق لكان أتم ، .

الثاني : قوله : في نوع ، يوهم أن ذكر النوع شرط لصحة الإذن ،
وليس ذلك مُرادَه ، بل يجوز له الإذن في التجارة مطلقاً ، ويجوز تخصيصها
بنوع ، بخلاف العامل في القراض .

الثالث : قوله : في نوع ومدة رسم ، أراد به إذا عين له نوعاً أو
مدة أنه لا يتعداهما ؛ لأنه لا يجوز أن يأذن له إلا فيها ، كما يفهمه
كلامه .

الرابع : قوله : في نوع ومدة رسم ، وسكت عن المكان والمكان
كالزمان أيضاً .

وقوله : (لا في كسبه ومع سيده ، ولا يتصرف^(١) في نفسه) .

أى : ليس له أن يتجر في مال السيد إلا فيما أذن له ، حتى لو اكتسب
مالاً باتّهاب أو قبول وصية أو احتطاب ونحوه ، لم يجز أن يدخله
في مال التجارة ؛ لأنه ملك للسيد ولم يأذن له في التصرف فيه ، ولا يجوز
أن يعامل سيده ؛ لأنه بنفسه مال لسيده وليس له أن يتصرف في نفسه ،
إلا بإذن سيده ، ولا يجوز أن يؤجر نفسه ولا يرهنها ولا يبيعها بغير
إذنه ، ولا يتوكل لغير السيد بغير إذنه ؛ لتعلق العهدة بالوكيل ، فإن

(١) قوله : ولا يتصرف ، إنما لم يقل : ولا في نفسه عطفًا على ما قبله ؛ لأن ذلك في خصوص التجارة ، ولوازمها ،
وأما في نفسه فمنوع من التصرف فيها بالتجارة وغيرها ، كالرهن والنكاح ، والإنفاق على نفسه ، ولو عطفه على
ما قبله ، اقتضى أنه لا يمتنع أن يتصرف في نفسه إلا بالتجارة ، ولوازمها ، وليس الأمر كذلك ، لما علمت من هذه المثل ،
حاشية / ف .

فعل لم يصح ، وقوله في الحاوى^(١) : ورقبته وَمَنْفَعَتَهَا ، عطفاً على قوله : ونوع غير مطابق ، فليحمل على أن مراده ، لا يجوز أن يبيع نفسه ويرهنها ، ولا أن يؤجرها ؛ لأنه لا يتصور أن يتجر في رقبته ، ولا فيما يعجز عن تحصيله من منفعته ؛ لأنه ليس له أن يستقل بإجارة نفسه .

وقوله : (وَيَأْذَنُ لِعَبْدِهِ ، فِي مُعَيَّنٍ ، لَا فِيهَا إِلَّا بِإِذْنٍ) .

أى : وإذا اشترى العبد المأذون في التجارة عبداً للتجارة فله أن يأذن له في شراء متاع معين ؛ إذ لا غناء به عن ذلك ، وفي منعه تضيق عليه ، ولا يجوز أن يوكل أجنبياً ، ولا أن يأذن لعبده في التجارة ، مطلقاً ، إلا بإذن سيده ، ثم ينزل من أذن له العبد ، بالحجر على العبد ، قاله في العزيز والروضة .

وقوله : (وَيَكْفِي عِلْمٌ بِالْإِذْنِ كَأَن شَاعَ ، وَفِي حَجَرٍ قَوْلُهُ ، وَإِنْ جَحَدَ سَيِّدُهُ ، وَحَصَلَ بَعْتُهُ وَبَيْعٌ) .

اعلم أنك إذا لم تعلم أنه قد مَسَّ الشخص رِقُّ جاز لك معاملته ، فإذا علمت بمسه إياه ، لم يجز أن تعامله حتى تعلم إذن سيده له ، إما ببينة تقوم ، أو لسمع من سيده ، أو بإشاعة أو باستفاضة بآنه مأذون ، فحينئذ تجوز لك معاملته ، فيكفي في الحجر عليه أن يقول : أنا محجور على ، وإذا أخبر بذلك لم يجز أن يُعامل ، ولو أنكرك سيده الحجر عليه ؛ لأن العاقد هو العبد ، وقد أخبر

(١) وفي ح « وللعبد بالأذن لا بالسكوت التجارة ولازمها وإن أبق في نوع ومدة ورسم لا كسبه ورقبته ومنفعتها ولا بالسيد » .

أَنْ مُعَامِلَهُ مُقَدِّمٌ عَلَى بَاطِلٍ ، وَيَحْصُلُ الْحَجْرُ عَلَيْهِ فِي مَالِ السَّيِّدِ
بِأَنْ يَعْتَقَهُ ، فَإِذَا عَلِمَ أَنَّ الْمَالَ لِسَيِّدِهِ لَمْ تَجْزِ مُعَامِلَتُهُ بَعْدَ الْعَتَقِ ؛ لِأَنَّ
إِذْنَهُ اسْتِخْدَامٌ لَا تَوْكِيلٌ ، وَكَذَلِكَ إِذَا بَاعَهُ السَّيِّدُ صَارَ مُحْجُوراً
عَلَيْهِ ؛ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الْإِذْنِ .

وَقَوْلُهُ : (وَلَنْ عَامِلُهُ أَنْ لَا يُسَلَّمَ حَتَّى يُثْبِتَ بِإِذْنِهِ) .

أَيُّ : وَإِذَا عَلِمَ أَنَّهُ مَأْذُونٌ لَهُ وَاشْتَرَى مِنْهُ أَوْ بَاعَ فَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ
مِنْ تَسْلِيمِ الْعَوْضِ ، حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ بِالْإِذْنِ ، خَوْفاً أَنْ يَجْجِدَهُ
السَّيِّدُ ، كَمَا قُلْنَا فَيَمْنُ صَادِقٌ وَكِيلاً أَنْ لَهُ الْامْتِنَاعُ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ
حَتَّى يَثْبُتَ بِالْوَكَاةِ .

وَقَوْلُهُ : (وَيَتَعَلَقُ دَيْنُهَا ، بِكَسْبِهِ قَبْلَ حَجْرِ ، وَتِجَارَتِهِ
وَدَيْنِهِ ، بِلَا رُجُوعٍ ^(١)) ، لَا رَقَبَتَهُ ، وَلَا ذِمَّةَ سَيِّدِهِ وَإِتْلَافَهُ ،
وَلَوْ وَدِيعَةً ، بِرَقَبَتِهِ ، وَمَوْنَ النِّكَاحِ ، وَضَمَانَ بِكَسْبِ وَتِجَارَةٍ ،
وِإِلَّا فَبِدَيْنِهِ كَمُشْتَرٍ بِلَا إِذْنٍ) .

أَيُّ : أَعْلَمَ أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ فِي الْمَأْذُونِ أَنْ يُعْطِيَهُ السَّيِّدُ مَا لَا
لِلتِّجَارَةِ ، بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَتَجَرَ فِي الذِّمَّةِ ، فَإِذَا لَزِمَتْهُ دِيُونُ تِجَارَةٍ تَعَلَّقَتْ
بِدَيْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَزَمَهُ ، بِرِضَاءٍ مِنْ لَهُ الْحَقُّ ، فَيَتَّبِعُ بِهِ إِذَا عَتَقَ ،
وَلَا يَرْجِعُ عَلَى السَّيِّدِ عَلَى الْأَصَحِّ ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالُ تِجَارَةٍ
تَعَلَّقَتْ بِهِ الدِّيُونُ أَيْضاً تَعَلُّقُهَا بِالرَّهْنِ ، وَكَذَلِكَ يَتَعَلَّقُ بِاِكْتِسَابِهِ

(١) بِهِ عَلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ أَدَاءٌ بَعْدَ الْعَتَقِ ، لَمَّا اسْتَحَقَّ فِي الرِّقِّ ، فَكَانَ كَالْأَدَاءِ قَبْلَ الْعَتَقِ ، وَأَيْضاً فَهُوَ لَيْسَ ثَابِتاً
فِي ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ، وَبِهَا فَارَقَ عَامِلُ الْقَرَاظِ ، أَوْ الْوَكِيلُ ، فَإِنْ لَرَّبِ الدِّينِ مَطَالِبَتُهَا وَلَوْ بَعْدَ عَزْلِهَا ، وَيَرْجِعَانِ بِمَا غَرَّمَا
عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، وَيَصِحُّ تَصَرُّفُهُ ، فَمَا يَبْدُو مَدْيُونٌ ، لَكِنْ بِإِذْنِهِ ، مَعَ غَرْمَائِهِ ، وَحِينَئِذٍ يَتَعَلَّقُونَ بِدَيْنِهِ ، نَظِيرُ مَا مَرَّ / ف .

مادام مأذوناً له في التجارة ، فإن حجر عليه السيد لم يتعلق بكسبه بعد ، كما أن السيد لا يلزم ذمته ما يلزم من ديون تجارة عبده شيء على المذهب ، وقد أُنْخِرَ في الإرشاد ذكر مطالبة رب المال والعامل والوكيل والموكل إلى إِبَابِ الوكالة ، ولا تتعلق الديون برقبته ؛ لأنَّ السيد لم يأذن أن يضمن في رقبته ، وأما ما أْتَلَفَهُ فإنه يتعلق أَرشُهُ أو قيمته برقبته ؛ لأنَّ الرقبة متعلق الجنایات ، وسواء كان الذي أْتَلَفَهُ وديعة أم لا ؛ لأنَّ المودع لم يأذن في إتلافها وما لزمه من مؤنِّ النكاح كالْمَهْرِ والنَّفَقَةِ والكسوة ، أو بجهة الضمان ، فإنه يؤذن به من مال التجارة إن كانت بيده تجارة ، ومن كسبه إن كان مكتسباً ، ولا يتعلق بذمته إلا أن يكون مكتسباً أو ما عجز عنه كسبه ، فإنه يتعلق بذمته ، وكذلك ما اشتراه بلا إذن يضمنه في ذمته لا رقبته ولا كسبه ، لأنَّه سلطه بالبيع على إتلافه ، وقوله في الحاوى : وطولب بالديون ، وإن عتق كالعامل والوكيل برب المال ، ورجعا لا هو ويؤدى من مكسبه ، قبل الحجر ، ومال التجارة لا رقبته كالضمان وإتلافه الوديعة ، المهر والنفقة ، فيه أمور :

أحدها : قوله برب المال ، أراد مع رب المال ، أى أنه يطالب معه بديون التجارة ، وهذه المسألة يتبع فيها الرافعى ، وقد انكرها المتأخرون ، ونبه صاحب^(١) المهمات والأذرعى وغيرهما على تناقض

(١) وهو الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن حسن الأسنوى الشافعى المتوفى سنة ٨٧٧٢ هـ وعليها تنبأت الشريف عز الدين بن حمزة بن أحمد الدمشقى الحسينى الشافعى المتوفى سنة ٨٨٧٤ هـ وعليها تعقيبات للشيخ الشهاب أحمد بن المهَادِ الأتفهسى المتوفى سنة ٨١٨ هـ سماها « التعليق على المهمات » واستدرك عليها زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقى الحافظ المتوفى سنة ٨٨٠٦ هـ وسماه « مهمات المهمات » ج ٢/١٩١٤ كشف الظنون .

كلام الرافعى فيها ؛ لأنه ذكر فيما إذا اشترى المأذون شيئاً للتجارة أنه هل يطالب به السيد ، ثلاثة أوجه ، أصحابها يطالب ، ثم قال : ومن بعد ذلك بدون ورقة ولا تتعلق ديون معاملة العبد برقبته ، ولا ذمة السيد ، قال : وقع هذا منه فى العزيز والمحرو والمنهاج ووقع فى الروضة ، على وجه أشد ؛ لأنه قال : ولا بذمة السيد قطعاً ، قال : كيف يقال لا شئ فى ذمته ، ولكنه يطالب به قال الأذرعى : والظاهر أن هذا ، إنما جاء من خلط فقه الطرفين ، مع تباينهما من غير تأمل ، فإن الإمام أو أتباعه يرون ترجيح مطالبة السيد مطلقاً ، وهو شاذ ، والمذهب غيره ، وهو أن السيد لا يطالب والحق ما ذكره الأذرعى .

الثانى : أنه جعل تعلق الضمان ومؤن النكاح والضمان بالكسب مطلقاً ، سواء حجر عليه أم لا .

الثالث : أن متعلق الوديعة إذا أتلّفها ومتعلق مؤن النكاح واحد بالكسب ومال التجارة ، قال ابن النحوى : وهذا لا يعرف لغيره ، وكلامه صحيح ، فإن الخلاف المعروف فى العبد بتلف الوديعة ، هل تتعلق بذمته أو برقبته ؟ والأصح أنه يتعلق بالرقبة ، وأما كسبه ومال التجارة فلا تعلق له بهما .

وقوله : (فَإِنْ اسْتَعْدَمَهُ سَيِّدُهُ غَرِمَ الْأَقْلَ مِنْ أُجْرَةٍ وَوَاجِبَ) .

فإن استخدم السيد العبد الذى تعلق بكسبه حق كالمهر والنفقة

ونحوهما لزمه الأقل من أجرة عمله ، وواجب يطالب به من المهر
والنفقة ونحو ذلك .

وقوله : (ولا يملك وإن ملكه ، ولا يستبد بتصرف ، إلا بخلع
وقبول هبة ووصية ولو من يعتق على سيده ، إن لم تجب نفقته
حالا) .

أى : وإذا ملكه السيد مالا ، لم يملكه ، كما إذا ملكه
غيره ؛ لأنه مملوك فهو كالبهيمة ، ولا يجوز له أن يستبد بتصرف ،
فإن فعل لم يصح إلا فى خلع وقبول هبة ووصية ، فإنه يستبد
بذلك بغير إذن السيد ؛ لأنه اكتساب لا يعقب عوضا فاشبه الاحتطاب
والاضطیاد ، ويصح القبول ولو كان الموهوب من العتق على السيد
بدخوله فى ملكه كأصله وفرعه ، إذا كان لا يلزمه نفقته فى الحال
بأن كان مكتسباً أو السيد فقيراً ، أو نحو ذلك ؛ لأنه اكتساب
لا يعقب عوضا ، فاشبه الاحتطاب والاضطیاد ، وإن كان ممن تلزمه
نفقته حالا لم يصح قبوله .

وقوله : (كولى الطفل ، أو جزؤه ، لا لطفل موسر ، وملكه
سيد قهراً كصيده فلا يسرى) .

أى : كما أنه يصح قبول العبد هبة قريب سيده الذى يعتق
عليه ونفقته لا تلزمه حالا يجوز لولى الطفل أن يقبله له ؛ لأنه
اكتساب لا ضرر على الطفل به ، فإن كان الموهوب جزء من يعتق

عليه ونفقته لا تلزمه حالا دخل في ملك السيد ولم يسر لدخوله في ملكه قهراً ، ولا يجوز قبوله للطفل الموسر ؛ لأن وليه كئائبه ، فقبوله له يوجب عتق باقيه عليه سِرَايَةً ولا حظ له فلم يصح قبوله للطفل ، وقوله في الحاوى^(١) : ويسرى ، الصحيح أنه لا يسرى ، فلملعبد أن يقبل جزء من يعتق على السيد إذا لم تجب نفقته حالا ، كما ذكره الرافعي ، والنووي ، لتبرعات المكاتب ، وقالوا : لا يسرى ؛ لأنه دخل في ملكه قهراً .

وقوله : (فصل : اختلفا ، أو الوارث في صِفَةِ عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، وقد صَحَّ ولا بَيِّنَةٌ أو تعارضتا حَلَفَ كُلُّ يَمِينًا ، بنى وإثبات) .

أى : إذا اختلف العاقدان ، كالبائع والمشتري ، في الثمن ، والمثمن والمرأة والزوج في الصداق ، والمؤجر والمستأجر من العين المستأجرة ، أو الأجرة ، وكذا سائر عقود المعاوضة ، كالسلم والمساقاة والقراض والجعالة والصلح عن الدم والخلع ، وكذا الاختلاف في شرط الخيار وقدره ، وفي شرط الرهن والكفيل في الثمن ، وشرط الأجل وقدره ، وكذا إذا اختلف الوارثان ، أو وارث وعاقد ، كأن قال أحدهما : بعتنى هذه الجارية بألف ، وقال الآخر : بل العبد بألف ، أو بعتك هذه الجارية بألف ، فقال : بل بخمسائة ، أو بشرط الخيار يوما والأجل شهرا ، وقال الآخر : بل ثلاثا أو شهرين ، ونحو ذلك ولا بينة لواحد تحالفا ، وكذا إن أقام كل بينة وتعارضتا

(١) وفي ح « لا للطفل ويسرى وملكه السيد ولا يرد كميده لاشراؤه وضمانه ونكاحه » .

على الأظهر ، ولا يقع التحالف ، إلا إذا اختلفا ، في صفة عقد محكوم بصحته ، وصفة التحالف أن يحلف كل منهما يمينا واحدا ، يجمع فيها بين النفي والإثبات ، والمستحب أن يقدم النفي فيقول : والله ما بعثك بخسمائة ، ولقد بعثك بألف ، ويحلف الآخر ، والله ما اشتريت منك بألف ، ولقد اشتريته منك بخمسمائة ، وفي المثمن ، ما بعثك هذه الجارية بألف ، ولقد بعثك العبد بألف ، ويحلف الآخر : ما اشتريت هذا العبد بألف ، وقد اشتريت الجارية بألف ، وقس عليه ، وهذا اختلاف في صفة العقد على الصحيح ، فإن اختلفا في أصل العقد ، حلف منكروه ، أو في صحته فسيأتى : وقوله^(١) في الحاوى : إن اختلف العاقدان أو الوارث في صفة عقد معاوضة اتفقا على صحته ، حلف كل على النفي ثم الإثبات في يمين ، فيه أمران :

أحدهما : قوله : اتفقا على صحته ، ليس اتفاقهما شرطا ؛ لأنه ذكر في الروضة أنه لو قال : بعثك بألف ، فقال : بل بخمسمائة وزق خمر ، حلف البائع على نفي سبب الفساد ، ثم يتحالفان ، فيقضى بالتحالف فلم يتفقا على الصحة فالشرط وجود الصحة ، لا الاتفاق عليهما .

الثاني : قوله : حلف على النفي ثم الإثبات ، يوهم أن الترتيب بشرط ، لاسيما وقد قال بعد بدء البائع نذبا فلا شك حتى خصص النذب بهذا الترتيب الأول حتم .

(١) وفي ح « إن اختلف المتعاقدان أو الوارث في صفة عقد معاوضة اتفقا على صحته ، ولا بينة أو لكل بينة ، حلف كل على النفي ثم الإثبات في يمين ، وقضى على من نكل من كل واحد لمن حلف » .

وقوله : (وقضى لحالف على ناكلٍ عن أحدهما) .

أى : إذا حلف أحدهما على النفي والإثبات ، ونكل الآخر عنهما ، أو عن أحدهما ، قضى للحالف على الناكل ، وجعل النكول عن أحدهما كالنكول عن الكل ؛ لاتصال كل بالآخر .

وقوله : (وندباً بدأ بنى ، وبائعٌ بما فى ذمة ، ومُسَلَّمٌ إليه ، وزوجٌ فى مهرٍ ، وسيدٌ فى كتابة)^(١) .

أى : ويستحب أن يبدأ بالنفى كما سبق ، وأن يبدأ البائع باليمين لقوة جانبه ؛ لأن المقصود هو المبيع وهذا إذا كان الثمن / فى الذمة ، وأما إذا تبايعا عرضاً بعرضٍ ، فهما سواء ، وقال الرافعى : وينبغى أن يُخَرَّجَ ذلك على أن الثمن ماذا ، وبهذا التخريج قطع فى الحاوى^(٢) : فلم يفرق ، وقال الأسنوى : وهذا التخريج ليس بلازم ، ثم قال فى المطلب^(٣) ، لأن مأخذ البداءة قوة جانب على جانب ، كما ذكره فى تعليل الأقوال ، وذلك مفقود ههنا ، ومثل بالمسلم إليه والسيد فى الكتابة والزواج فى الصداق ؛ لأن كلهم فى المعنى بائع ، وأما فى السلم والكتابة فظاهر ، وأما فى البضع فلاَّان المقصود البضع فهو كالمبيع يصير بعد الفسخ للبائع .

(١) لأن الأول والآخر ، فى معنى البائع والزواج قوى جانبه ، ببقاء التمتع له ، فإن قلت : المسلم إليه العوض فى ذمته وهو لا يرجع بخلاف المسلم فإن عوضه المعين يرجع إليه ، فيكون جانبه أقوى ، فلم يبدى المسلم إليه ، مع ذلك ؟ قلت : لأن السلم عقد غرر ، وهو فى جانب المسلم أكثر فلذا كان جانبه أضعف بخلاف المسلم إليه ، فإن قلت : البائع فى الذمة كذلك ، وقد مر تقديم المشتري عليه ، مع أن الغرر فيه أكثر ، قلت : الأصل فى البيع عدم الغرر بخلاف السلم وكل ما هو من شأن أمر أصله فتأمل ، فإذا تحالفا لم ينتسخ العقد بالتحالف بل يعظما الحاكم ويدعوها للاتفاق / ف .

(٢) وفى ح « بدأ البائع ندباً والمسلم إليه والسيد فى الكتابة وفى المهر الزوج . ثم فسخ الحاكم أو من أراد منهما لافى الدم .

(٣) المطلب شرح الوسيط ، للشيخ نجم الدين أحمد بن محمد المعروف بابن الرقعة ، المتوفى سنة ٥٧١٠ هـ .

وقسوله : (فَإِنْ أَصْرًا فَلِكُلِّ ، أَوْ الْحَاكِمُ فَنَسَخُ عَقْدِهِ ، وَمُسَمًّى دَمٍ وَبُضْعٌ^(١) وَعَتَقٌ لِبَدْلَاهَا) .

أى : تحالفا ودعاهما الحاكم إلى الاتفاق ، فَإِنْ اتَّفَقَا فَذَاكَ ، وَإِلَّا فَلِكُلِّ مِنْهُمَا الْفَسْخُ ، وَلِلْحَاكِمِ إِذَا سَأَلَاهُ أَيْضًا الْفَسْخُ ، وَكَذَا إِذَا أَعْرَضَا عَلَى الْأَصْح .

ثم اعلم أنه لا ينفسخ في الدم والبضع والعَتَق بل فيما سمياه ، ويكون الرجوع إلى بدل ما يقابله ، فَإِذَا وَجِبَ قِصَاصٌ فَصَالِحٌ عَنْهُ عَلَى مَالٍ ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ أَوْ صِفَتِهِ تَحَالَفَا ، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَى الدَّمِ ، بَلْ تَجِبَ لَهُ بَدَلُ الدَّمِ وَهُوَ الدِّيَّةُ ، وَفِي الْبُضْعِ بَعْدَ التَّحَالِفِ وَالْفَسْخِ لَا يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ بَلْ يَنْفَسَخُ الْمُسَمًّى ، وَيَجِبُ بَدَلُ الْبُضْعِ ، وَهُوَ مَهْرُ الْمَثَلِ .

وكذلك في عوض العتق ، إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مَالٍ ثُمَّ تَحَالَفَا عَلَى قَدْرِهِ وَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ ، وَقَوْلُهُ فِي الْحَاوِي : ثُمَّ فُسِخَ الْحَاكِمُ أَوْ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمَا لَا فِي الدَّمِ وَالْبُضْعِ وَالْعَتَقِ ، فِيهِ أَمْرَانِ :

أحدهما : قوله : ثُمَّ فُسِخَ الْحَاكِمُ ، مُقْتَضَاهُ أَنَّ لِلْحَاكِمِ الْفَسْخَ بِمَجْرَدِ التَّحَالِفِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ ، بَلْ لَا بَدَلَ مِنْ عِلْمِهِ بِبِقَائِهِمَا عَلَى الْاِخْتِلَافِ وَعَدَمِ التَّوَافُقِ ، فَقَدْ قَالَ فِي الرُّوْضَةِ : إِنْ الْحَاكِمُ يَدْعُوهُمَا بَعْدَ التَّحَالِفِ ، إِلَى الْمَوَافَقَةِ ، فَإِنْ اتَّفَقَا فَذَاكَ ، وَإِلَّا فَإِنْ اسْتَمَرَّا عَلَى التَّنَازُعِ وَسَأَلَا مِنْ الْحَاكِمِ الْفَسْخَ فُسِخَ ، وَإِنْ أَعْرَضَا فَهَلْ يَفْسَخُ فِيهِ تَرَدُّدٌ ؟ انْتَهَى ،

(١) في سداق وخلع / ٨

وقال الأذرى قال الهروى^(١) : غلط من قال من أصحابنا : إن الفسخ يتوقف على طلب المتبايعين أو أحدهما ، لا يدعُهما يتأديان والتأدى فى الخصومة هو الإضرار عليهما .

الثانى : قوله : ثم فسخ الحاكم لا فى الدم والبضع والعق فإرد البدل ، مقتضاه أنهما إذا تحالفا فيما لا يفسخ العقد كالنكاح ونحوه أنه لا يحتاج إلى فسخ واحد ، وأنه يجب البدل بنفس التحالف ، وليس كذلك ، بل لابد من الفسخ فى عوض الدم والبضع والعق ؛ ليحصل إلى الدية ومهر المثل وقيمة العبد ، قال فى العزيز : وإذا تحالفا فيفسخ الصداق ترجع المرأة إلى مهر المثل ، وقال فى التتمة : إذا ثبت أنهما يتحالفان فى الصداق فالكلام فى فسخ التسمية والبداية باليمين وكيفية اليمين على ما سبق ذكره فى البيع : وفى الوسيط^(٢) والشامل وغيرهما ونحو ذلك ، ثم انفسخا أو فسخ الحاكم انفسخ ظاهراً وباطناً ، أو أحدهما وهو محقق ، فكذلك ، أو مبطل انفسخ ظاهراً فقط .

(١) الهروى هو أحمد بن محمد بن شارك أبو حامد الهروى الشاركي عالم هراة وإمامها ومحدثها وأديبها وفقهها ومفسرها ، سمع محمد بن عبد الرحمن السامى ، والحسن بن سفيان النسوى وأبا يعلى الموصلى وجماعة ، وروى عنه أبو عبيد الله الحاكم وأبو إبراهيم النصارى وأبو عبد الله النصارى وغيرهما ، قال فى الحاكم : مئى هراة فى عصره وكان حسن الحديث وردنيسابور سنة ٣٥٣هـ وأقام بنيسابور مدة ثم انصرف إلى هراة فتوفى بها سنة ٣٥٥هـ وقيل سنة ٣٥٨هـ ج ٩٨/٢ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) الوسيط فى فروع الشافعية للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى حجة الإسلام الشافعى المتوفى سنة ٥٠٥هـ والوسيط ملخص من بيسطه مع زيادات وهو ، أحد الكتب الخمس المتداولة بين فقهاء الشافعية . كما ذكر النووى ، وقد شرحه تلميذه محيى الدين محمد بن يحيى النيسابورى الخبوشانى وسماه «المحيط» وتوفى سنة ٥٤٨هـ فى ستة عشر مجلداً ، ووقفه بالمدرسة الصلاحية فى جوار الشافعى ، وشرحه الشيخ نجم الدين بن الرفعة المتوفى سنة ٧١٠هـ وسماه «المطلب» وشرحه الشيخ نجم الدين أبو العباس أحمد بن محمد القمولى المتوفى سنة ٧٧٧هـ وسماه (البحر المحيط) ثم لخصه وسماه «جواهر البحر» ولخص هذا الملخص سراج الدين عمران بن محمد النجاشى المتوفى سنة ٨٨٧هـ وسماه «جواهر الجواهر» ٢/٢٠٨ كشف الظنون .

وقوله: (وَرُدَّ^(١) مَقْبُوضٌ ، ثُمَّ بَدَلَهُ ، وَقَوْمٌ يَوْمَ تَلَفَ ، مع زَائِدٍ اتَّصَلَ) .

أى : وَيُرَدُّ المَقْبُوضُ الذى انفسخ فيه العقد إن كان باقياً وعوضه أو عوض بعضه إن كان تالفاً ، والأصح ، أنه تجب قيمة يوم التلف ومثله إن كان مثلياً ، وقال فى الحاوى : بقيمة يوم التلف : فلو قال ببدل لكان أشمل ، ولا يلزمه أن يرد فوائد المبيع وزوائده المنفصلة ؛ لأنَّ العقد ينفسخ من حينه لا من أصله ، ويرد مع زوائده المتصلة كالسمن والكبر وتعلم الصنعة .

وقوله: (وَأَجْرٌ مِثْلُ إِنْ أَجَّرَهُ ، وَقِيَمَةُ آبَقٍ ، لِفِرْقَةٍ ، وَكَتَلَفِهِ رَهْنٌ ، إِنْ لَمْ يَضُرَّ وَبِيعٌ وَكِتَابَةٌ) .

أى : وإذا فسخ عقد البيع بالتحالف - وقد أجَّره المشتري - لم تنفسخ الإجارة ، فيرد المبيع وأجرة المثل للمدة الباقية ، وانفسخ والمبيع آبق ، فالأصح أن الفسخ واقع عليه وأنه يصير ملكاً للبائع ، لكن تجب على المشتري القيمة للحيلولة ، فإذا رجع رَدَّهَا وأخذها ، وإن كان مرهوناً خيراً بين أن يَضُرَّ إلى فكأكه ، أو يأخذ قيمته يوم البيع ، وأوجب الشيخان^(٢) فى المكاتب القيمة كالبيع ، ولم يُخَيِّرَاهُ كالرهن ، وكل منهما ينتظر انفساخه ولا يقع عليه الفسخ فى الحال ، قلت : ولعل الفرق أنه فى الرهن يمكنه التوصل إلى الفسخ فى الحال

(١) إذا فسخ العقد أو المسمى / هـ .

(٢) النووى والرافعى .

بأن يقضى للدين ، فجعلت الخيرة إليه في الفسخ ، ولا يمكنه ذلك في المكاتب فالحق في التالف ، وأما في الحاوى : فأطلق في إيجاب القيمة في المرهون من غير تخيير ، وهو خلاف ما في العزيز والروضة .

وقوله : (وفي عقدين ، حلف كل نفيًا ، في صحة مُدَّعِيهَا غَالِبًا ، وفي أَنَّ هذا مُسَلَّمٌ^(١) ، غريم ادعى ، وذو عوض معين أنكر^(٢)) .

أى : إن اختلفا في عقدين ، بأن قال أحدهما : بعثك بألف ، فقال الآخر : بل وهبتي ، حلف أنه ما اشترى ، وحلف الآخر أنه ما وهب له ، وانقطعت الخصومة ، وإن اختلفا في صحة العقد ، بأن قال : بعثك بألف ، فقال : بل بخمر ، فالقول قول من يدعى الصحة ، فيحلف على ما ادَّعاه ؛ لأن إقدام صاحبه على العقد اعتراف بصحته ، وهذا هو الغالب ، وقد يكون القول قول من يدعى الفساد ، قال في المهمات : ويستثنى من هذه القاعدة مسائل منها : ما إذا باع ذراعاً من أرض وهما يعلمان ذراعاتها فادعى البائع أنه أدار ذراعاً معيناً حتى لا يصح ، وادعى المشتري الشيوع حتى يصح ، ففيه احتمالان ، وقال : الأرجح كما قاله في الروضة من زياداته تصديق البائع فيفسد ، ومنها : لو اختلفا في أن الصلح وقع على الإنكار أو الاعتراف ، فالقول قول من يدعى الإنكار ، ومنها : لو قال السيد : كاتبك وأنا مجنون أو محجور على ،

(١) يعنى المسلم فيه الذى أقبضه ، وأنكر مشتر ومسلم إليه ذلك ، وحلف على ما ذكر وهو البائع والمسلم ولو وكلا أو الوارث ؛ لأنها لم يتفقا على قبض ماعقد عليه ، والأصل بقاؤه في الذمة ، وعدم القبض المبرء / ف .

(٢) وهو مشتر في الأولى وبائع في الثانية ، لاتفاقها على قبض ماعقد عليه ، وتنازعا في سبب الفسخ والأصل عدمه وبقاء العقد ، ويصدق غاصباً ردعيًا ، وقال هو المنصوبة ، وكذا وديع / ف .

وعرف للسيد حالة الجنون ، أو الحجر ، كان هو المصدق ، كذا جزم به الرافعي ، في الكتابة في إفتاء الحكم الثاني انتهى ، وهذه المسائل واردة على الحاوي^(١) ، لأنه لم يقل غالباً ، ولو قال البائع ، وقد رد عليه المبيع بعيب : ليس هذا الذي سلمته إليك ، فالقول قوله ، بخلاف المديون والمسلم إليه ، فإن المصدق الغريم والمسلم ، والفرق أن الأصل عدم القبض ، المبرىء للذمة المشغولة .

(١) وفي ح « وفي عقدين كل على نفيه . وفي الصحة مدعيها والبائع والمسلم في المردود » .

السلم

وقوله : (باب : شَرَطُ سَلَمٍ رَأْسُ مَالٍ أَوْ عَيْنٍ ، هُوَ مَنْفَعَتُهَا ،
فِي مَجْلِسٍ خِيَارٍ لَا بِحَوَالَةٍ) .

أى : اعلم أن السلم ، ويقال السلف ، على موصوف في الذمة ، وهو
نوع من أنواع البيع ، وفيه زيادة شروط^(١) ، ومنها اشتراط تسليم
الثمن وهو رأس المال في المجلس ، فإن كان رأس المال منفعة كمن أسلم
سكنى دار سنة في ثوب موصوف كفاه أن يسلم إليه الدار في المجلس ،
ولا يجزئه أن يحيل إليه رأس المال ، فإن الحوالة لا تصح برأس
المال ولا عليه ؛ لأن قبض المسلم إليه رأس المال في المجلس شرط^(٢)
لصحة العقد ، فلو أمر المسلم من له عليه دين أن يسلمه إلى المسلم
إليه نيابة عنه ، فسلمه إليه لم يكن قبضاً للمسلم إليه ، فإذا
أمر المسلم إليه غريمه أن يقبض رأس المال من المسلم نيابة عنه فقبض
صح ، والفرق أن غريم المسلم إليه صار وكيلاً في قبض رأس المال

(١) في السلم وهو نوع من أنواع البيع إذ هو بيع موصوف في الذمة بيدل يجب تعجيله بمجلس البيع بلفظ السلم أو نحوه ،
ولكونه بيعاً لم يصح إسلام كافر في نحو قن مسلم ومصنف ، واعتبر له ما يثير للبيع إلا الرؤية ، ولكونه نوعاً خاصاً ، اختص
بأمور وشروط أخرى أخذ في بيانها المؤلف . ه فتح الجواد . وسمى بذلك لتسليم رأس المال في المجلس ويسمى أيضاً سلفاً . لتقديم
رأس المال فهو لغة يسمى سلفاً وسلفاً وهما بمعنى واحد ، وأما دليله من الكتاب فقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم
الآية » ٢٨٢ سورة البقرة ، قال : ابن عباس رضي الله عنهما : أراد به السلم ، ومن السنة ما جاء في الصحيح أن النبي صلى الله عليه
وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمر السنة والسنين ، وربما قال السنين والثلاث فقال : من أسلف فليسلف في كيل معلوم
ووزن معلوم إلى أجل معلوم (ص ٢٢٦ - ٥ نيل الأوطار) وحكته الرقق بالمتعاقدين ؛ لأن أصحاب الحرف قد يحتاجون
إلى ما ينفقونه على حرفهم من الغلال ولا مال معهم ، وأرباب النقود ينتفعون بالرخص فجوز ذلك . رفقاً بهم / م .

(٢) ذكر له ستة شروط ، الأول تسليم رأس المال في مجلس العقد الخ / م .

من المسلم ، وغريم المسلم لم يصر وكيلا له ، بالتسليم إلى المسلم إليه ؛
لأنه بالتسليم مزيل للملكه ، والإنسان لا يكون وكيلا لغيره في إزالة
ملك نفسه ، وقد يوهم من وقف على هذا المعنى في الروضة أنه
تصح الحوالة من المسلم إليه دون المسلم ، وهو مبين لما ذكره ، لأنه
قال : لا يجوز أن يجعل المسلم برأس المال وإن قبضه المسلم إليه من
الرجل في المجلس ، ثم قال للمحال عليه سَلَّمْهُ إليه لم يكن وكيلا في
التسليم إليه ، ثم ذكر حوالة المسلم إليه ، ليس أنه إذا قال لغريمه
اقبض منه صار وكيله ، فاعتباره لصحة القبض للسلم في حال
دون حال ، لا لصحة الحوالة ، في حال دون حال ، ولو كانت
الحوالة صحيحة لما احتاج إلى إذن المسلم إليه في القبض ، ولو كان
وكيلا له ، وكيف يتوهم صحة الحوالة من يعلم أن الحوالة ينتقل
بها الملك في الدين من المحيل إلى المحتال ، ويعلم أن اشتراطهم في
صحة السلم أن يقبض المسلم إليه رأس مَال السلم قبضاً حقيقياً ،
وهل يتصور أن يقبض لنفسه ما صار ملكاً لغيره ؟ واعلم أن قوله في
الحاوي : قبض رأس المال ، فيه تساهل ، وعبارة الروضة تسليم
رأس المال ؛ لأن الإقباض من المسلم شرط ، فلا يجزئ قبض يستبد
به من غير اختياره ؛ لأن هذا القبض في المجلس لا يتم إلا به ، فأشترط
فيه اختيار المتعاقدين كالإيجاب والقبول .

وقوله : (فَإِنْ فَسَخَ تَعَيَّنَ رَدُّهُ ، وَإِنْ عَيَّنَ بَعْدَ) .

أى : وإذا فسخ عقد السَلَم بعد اللزوم لأمر اقتضاه ، ورأس

المال باقٍ ، لم يجز للمسلم إليه إبداله ، بل يتعين ردُّه ، سواء بعينه أو سلمه عما عقده في الذمة .

وقوله^(١) : (وَكَوْنُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دَيْنًا ، وَلَوْ عَيْنٌ لَهُ بَلَدًا ، إِلَّا قَرْيَةً صَغِيرَةً) .

أى : ويشترط أن يكون المسلم فيه ديناً في الذمة ، سواء كان مؤجلاً أو حالاً ، فإن أسلم إليه في معين كهذه الدراهم في هذا الثوب لم ينقذ سلماً ولا بيعاً ، لاختلاف اللفظ ، وكون آخره دافعاً لحكم أوله ، ولا يضر أن يعين للطعام أو للثمرة بلداً ؛ لأن ذلك لا يخرج عن كونه ديناً ، ولكن يشترط أن يكون المكان متسعاً ، فلو عين للثمرة بستاناً ، أو قرية صغيرة لم يجز ؛ لأن ذلك تضيق محال التحصيل وقد يصاب بعاهة ، والشرط أن يكون فيما يتيسر أدائه .

وقوله : (مقدوراً^(٢) في محلة ، ولو جليبةً ، لا في كثيرٍ وقتٍ باكورة) .

أى : ويشترط أن يقدر وقت محله على تسليمه ، والقدرة على التسليم شرط عام لكل مبيع ولو كان لا يوجد في البلد إلا بالنقل من بلد آخر لم يضر ، إذا كان عادته أن يجلبه للبيع في المحل ، ولو كان يعجز وجوده كما لو أسلم في شيء كثير يحل وقت الباكورة ، فإنه لا يجوز ؛ لأن السلم غرر فلا يضاف إليه غرر آخر .

(١) هذا هو الشرط الثاني من شروط صحة السلم ، وهو كون المسلم فيه ديناً في الذمة سواء كان مؤجلاً أو حالاً ، واحتراز بذلك عن أن يكون المسلم فيه عيناً كالمثال الذى ذكره : « اسلمت إليك هذه الدراهم في هذا الثوب فلا يصح / ٨ .
(٢) هذا الشرط الثالث من شروط صحة عقد السلم وهو القدرة على التسليم وإن كان شرطاً عاماً في كل بيع ، إلا أنه قد يحتاج إلى مؤنة وإلى تعيين المكان والزمان / م .

وقوله : (فَإِنْ انْقَطَعَ بِقُرْبٍ ، أَوْ غَابَ خَصْمُهُ ، ولِلنَّقْلِ مُؤْنَةٌ وَحَلٌّ ، خَيْرٌ ، وَإِنْ أَجَازَ) .

أى : وإن انقطع المسلم فيه ، وليس المراد بالانقطاع أن يعزَّ وجوده ، بحيث يبطل إنشاء السلم فيه ، بل المراد هنا أن يقدم ، أما إذا وجد - وإن غلا - لزمه شراؤه ، بثمن المثل ، ولا يجبر قبل المحل ، فإن انقطع وعلم أنه يستمر الانقطاع إلى بعد المحل لم يكن له أن يفسخ إلا في المحل على الأصح ، وإن انقطع في المحل ، ووجد فيما فوق مسافة القصر فسخ ، وقيل : يفسخ بما فوق مسافة العَدْو^(١) في الأصح ، وإذا حلَّ الأجل والمسلم غائب ، نظرت ، فإن كان المحل المسلم فيه له مؤنة كان له أن يفسخ ، وأن يلحقه برأس المال حيث كان ويطالبه ، وإن لم يكن لنقله مؤنة لم يفسخ ؛ لأن ما لا مؤنة في نقله حكمه حكم رأس المال إذا كان نقداً ، فإن طالبه في غير بلده وسلمه إليه ، فكما لو سلَّم رأس المال لا مؤنة عليه في حمله ، وهذا اختيار مستمر أبداً مادام منقطعاً ، حتى لو أجاز ورضى بالمهلة ، ثم بدا له أن يفسخ مُكَّنْ ؛ لأن الاستحقاق للتسليم يتجدد كل وقت ، والإسقاط إنما يؤثر في حق الحال ، لا المستقبل ، كما في امرأة المولى والمشتري إذا أبق العبد .

وقوله : (وَمَعْلُومٌ^(٢) قَدْرٌ بوزنٍ ، وبه أَوْ كَيْلٍ ، لا بهما في صغير كلؤلؤ وجوز ، لا بَيِّضٍ وقِيضٍ بما قُدِرَ) .

(١) فوق حد البعد في التيمم وتقدم بيانه فيه / م .

(٢) الشرط الرابع من شروط صحة السلم أن يكون المسلم فيه معلوماً ، في القدر ، كيلا في الكيل ، ووزنا في الموزون ، وعدا في الممدود ، وذرعاً في المزروع ، وهكذا ؛ لأن السلم مبنى على الفرر فاشتراط فيه العلم بالمسلم فيه بالصفات التي تضبطه وتوضحه / م .

أى : ويشترط العلم بمقدار المسلم فيه ، للحديث^(١) « من أسلف
فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » والتقدير كيل
ووزن وعد وزرع ، فالكيل كاف في كل صغير الجرم كالجوز
ونحوه سواء كان مما يعتاد كيـله أو لا ، كما أن الوزن فيما يعتاد
كيـله وفي غيره مما كبر جرمه ، وجزم الرافعى أن إمام الحرمين
حمل إطلاق الأصحاب تجويز التقدير بالكيل فيما يُوزن مخصوصاً
بما ينضبط ، لا في نحو قُتَابِ المسك والعنبر ، قال في المهمات ،
بعد أن ذكر نقل الرافعى : ليس فيه تصريح بأن الأمر كما قاله
الإمام^(٢) على ما أطلقه الأصحاب ، والأمر كما أطلقوه ، كل صرح
به الرافعى بعد ذلك انتهى ، يعنى أن الرافعى صرح بجوازه في
اللائى الصغار ، وأما البيض ونحوه مما يتجافى في الكيل ، كالرمان
والباذنجان فتقديره بالوزن ، والتقدير بالوزن شامل لما صَغُر وكبر ،
فيسلم في قصب السكر وزناً ، بعد قطع أصوله وأطرافه ، ولا يجوز
أن يسلم بالكيل والوزن معاً ؛ لأنه يؤدي إلى الغرة ، وإذا أسلم بالكيل ،
لم يقبض بالوزن وكذا عكسه .

وقوله : (وَبَعْدُ مَعَ زَرْعٍ ، فِي نَحْوِ ثَوْبٍ وَلَبَنِ) .

(١) مروى في الصحيح عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، وفي البخارى « من أسلف في ثوب » الحديث ص ٣٩
٣ - بلوغ المرام .
(٢) الإمام على : على بن محمد بن على الإمام شمس الإسلام أبو الحسن الجوينى الكيا الحراس الملقب عماد الدين ،
أحد فحول العلماء ورموس الأئمة فقهاً وأصولاً وجدلاً وحفظاً لمتون أحاديث الأحكام ، ولد خامس القعدة سنة ٥٠٥ هـ
وتفقه على إمام الحرمين . وهو أجل تلامذته بعد الغزالى ، وحدث عن إمام الحرمين وأبى على الحسن بن الصفار ، ومن
مصنفاته « شفاء المسترشدين » و « ونقد مفردات الإمام أحمد » و « أصول الفقه » ، ج ٤ / ٢٨١ طبقات
الشافعية .

أى : ويشترط فى الثياب العدُّ مع الزرع ؛ لأنها تنسج بالاختيار ،
وفى اللبن العدُّ مع قياس العرض والطول والسُّمك ، وهذا فى معنى
الزرع ، ولا يخفى أنَّ ما لا يكال ولا يوزن ولا يصبغ بالاختيار يكفى
فيه العدُّ وحده كالحيوان ، وأما المائعات فيكفى فيها الكيل والوزن ،
وقوله فى الحاوى : معلوم القدر بالوزن ، إلى قوله كالجوز ، إن
استوت قشوره : فيه أمور :

أحدها : أنه جعل ما لا يعتاد كيـله لا يقدر إلا بالوزن ، وهذا
مناقض لما ذكره آخرًا من أن صغير الجرم يقدر بالكيل والوزن ،
وإن كان مما يوزن أو يكال ، وإنما أراد أنه يستثنى ما نقله الرافعى ،
أن الإمام^(١) استثنى من إطلاق الأصحاب من أن ما يعد الكيل فيه
ضابط كفتات المسك والعنبر لو أسلم فيه كيلا لم يصح ؛ لأن
للقدر اليسير منه مالية ، وهو لم يقل ما لا يعتاد كيـله ، ثم إن الرافعى
ذكر بعد ذلك أن اللآئى الصغار يجوز السلم فيه ، كيلا ووزنا ،
فقال النووى : قد اختار هنا ، ما أطلقه الأصحاب ، وقرر ونقله
الأذرعى أيضاً عن نص الشافعى ، وكلامه فى الحاوى مخالف
لما قاله الإمام ، ولما أطلقه الأصحاب .

الثانى : أنه اشترط العد والوزن فى اللبن ، وكذا نقله الرافعى
فى العزيز ، وهو طريقة الخرسانيين ، ونقل النووى فى الروضة

(١) وفى ح « معلوم القدر بالوزن فى كبير الجرم كالبيض ، وما لا يعتاد كيـله مع العد فى اللبن . وبه أو الكيل
ولا يغير فى القبض لاهما فى صغيره كالجوز إن استوت قشوره » .

عن العراقيين أو معظمهم عدم اشتراط الوزن ، وأن المنصوص عن الشافعي رحمه الله تعالى في الأم ، الوزن فيه مستحب ، قال ولو تركه فلا بأس لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخانته وأنه من طين معروف انتهى . وقال في المهمات : وكذا نص عليه الشافعي في البويطي فقال : ولا بأس في السلم في الطوب والحجارة ، إن ضبط طوله وعرضه والوزن ، هذا لفظه بحروفه انتهى . وهذا الذي ينبغي الفتيا به ، فإن في اشتراط وزنه مشقة وحرجا .

الثالث : قوله كالجوز إن استوت قشوره ، أراد أن الجوز إذا اختلفت قشوره ، لا يجوز السلم فيه ، لكن الأسنوي نقل عن النووي في شرح^(١) الوسيط أنه صرح بأن اشتراط استواء القشور هو أمر استدركه الإمام ، والمشهور في المذهب هو الذي أطلقه الأصحاب ، يعني من عدم اشتراطه ، فقال : وجزم الرافعي في العزيز والمحرم بالتقييد ، وتبعه النووي في الروضة والمنهاج^(٢) ، وقال : والصواب التمسك بما قاله النووي في شرح الوسيط ؛ لأنه متبع لا مختصر ، ونقل الأذرعى عن التنقيح^(٣) ، أن هذا التفصيل لإمام الحرمين^(٤)

(١) شرح الوسيط المسمى (بالحيط) .

(٢) المنهاج للنووي اختصره من المحرم للرافعي . والروضة للإمام ، النووي ، اختصر من « فتح العزيز للرافعي .

(٣) التنقيح للشيخ جمال الدين محمد بن الحسين الإسنوي المتوفى سنة ٧٧٧ هـ قال : إن تصحيح التنبيه للنووي قد أهل في كثير ، فحينئذ حررت المهمات وجمعتها في تأليف سميت « بالتنقيح » ج ١/٢٢٥ كشف الظنون .

(٤) إمام الحرمين . أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن عبد الله بن حيويه الجويني ولد الشيخ أبي

محمد الجويني وهو صاحب « النهاية » ، وتصانيف كثيرة كالشامل والبرهان ، والإرشاد وغيرها ، وتوفى سنة ٤٧٨ هـ ج ٣/٢٤٩ طبقات الشافعية .

والمشهور الذى أطلقه الأصحاب ونص عليه الشافعى جواز السَّلم فى الجوز واللوز مطلقا .

وقوله : (وَلَنَا مَكْيَالٌ عَيْنٌ ، فَإِنْ جُهِلَ فَالعقد)

أى : إذا أسلم إليه فى عشرة بهذا المكيال ، فإن كان عياره معروفاً فلا أثر لتعيينه ، ووجب عشرة بمكيال مثله ، فإن كان المكيال مجهولاً لغا العقد ، بجهالته المتوقعة بتلفه .

وقوله : (وَمُطْلَقُهُ حَالٌ ، فَإِنْ أَجَلَ بِمجهول ، كفى ربيع ، بطل ، لا إليه وأوله ، وحلَّ بأول جزء الأول ، وصح بفصح النصارى ، إِنْ عُلِمَ لَأَيَّهِمْ بَعْدَ) .

أى : وإذا أسلم وأطلق ولم يذكر أجلا ولا حلولا صح على الصحيح وكان حَالاً كالبيع ، وإن أَجَلَ إلى مجهول ، كإلى الحصاد ، أو العطاء بطل ، وكذلك إذا قال محله فى شهر رمضان ، أو ربيع ، أو فى يوم الجمعة ؛ لأنه جعله طرفاً ، فكأنه قال : تحل فى جزء من أجزاءه ، وكذلك مجهول فيبطل ، بخلاف الطلاق يصح تعليقه بالمجاهيل ، فجاز تعليقه بالعام ووقع بأول جزء منه لوجود صفة ، فإن أَجَلَ إلى ربيع صح ، وحلَّ بأول جزء من أوَّل ليلةٍ من ربيع الأول ، فإن أَجَلَ إلى أوَّل رمضان ، أو أول آخره صح ، وحلَّ بأوَّل جزء من كل نصف ، كما قال فى العزيز ، والروضة عن البغوى

والإمام ونقل عن الأصحاب ، أن أول شهر مثل قوله فيه ، لكن قال الرافعي في الشرح الصغير : إن ما قاله البغوى : والإمام أقوى ، واستغرب الأسنوى هذا النقل عن الأصحاب ، وقال : المنصوص في البويطى ، وعن الشيخ أبي حامد والماوردى ما قاله البغوى والإمام ، وكذا الأذرى نقل ما نقله الأسنوى وزاد ، فنقله عن نصه في الأم ، وعن القاضى حسين ، والفورانى^(١) ، فالذى قطع به صاحب الحاوى إذ هو الأصح ، وإذا أجّل بفُضح النصارى وهو عيدهم الذى يأكلون فيه بعد إمساكهم ، فإن كانا يعرفانه صح ، وإلا كفى معرفة غيرهم من المسلمين ، ولو عدلين ، فإن جهله المسلمون فلا أثر لأخبار كفار بعد العقد ، وقوله فى الحاوى^(٢) : وإن علم لا بهم ، إن أراد إن جهلا حالة العقد ، فإن أخبرهما الكفار فمستقيم ، وإن أراد : إن علما ومُستند علمهم الكفار فهو مشكل ؛ لأنهما إذا علما قبل العقد أن الكفار يُقيّدون فى اليوم الفلانى بإخبارهم فقد علمنا ما أجلا إليه فلا شك فى صحته ، وقد عُلِمَ بهم .

وقوله : (والأشهر أهلة وتم منكسر ثلاثين) .

أى : وإذا أجلا بالأشهر ، حُيل على الأهلة ، ولا تتعين

(١) الفورانى : هو عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن فوران الفورانى (بضم الفاء) الإمام الكبير أبو القاسم المروزى صاحب « الإبانة » و « المدة » وغيرها من التصانيف ، من أهل مرو وكان إماماً حافظاً للمذهب ، من كبار تلاميذه أبو بكر القفال وأبو بكر المسعودى ، روى عنه البغوى صاحب التهذيب وعنه أخذ صاحب التمه وغيره من كبار الفقهاء وعليه تفقه الكثيرون ، وكان شيخ أهل مرو ، علم من أعلام المذهب وحمل عنه العلم جبال راسيات وتوفى سنة ٤٦١ هـ ج ٣ / ٢٢٥ طبقات الشافعية .

(٢) وفى ج « والأجل كالنيروز والمهرجان وفصح النصارى إن علم لا بهم وإلى ربيع وأوله لافيه حل بأول جزء الأول » .

الشهور الشمسية ولا العدديّة ، إلا بالتعبير ، نعم إن إنكسر شهر كُمل ثلاثين ، فإن أجل ثلاثة أشهر ، ونقص لحظة ، من أول الأول ، اعتبر هلالين بعده ، وكمل الأول ثلاثين من الشهر الرابع وإن كان ناقصاً - وإن كانت اللحظة قبل الهلالي - كفت الأهله ، وقيل يكون منكسراً ، وليس بشئ .

وقوله : (وصفات^(١)) يغلب قَصْدُهَا بذكر جنس ، ونوعٍ وَلَوْ نِ متلون مع ذكورة ، وأنوثة ، في حيوانٍ ، وسنٌ فيه تقريباً ، أو صغر جُثّة ، وكبرها ، في طَيرٍ ، وقدٌ ، وبكارة أو ثيوبة في رقيقٍ ، لا نحو كحل ودعج ، وملاحه) .

أى : ويشترط في المسلم فيه ، أن يكون معلوم الصفات التي تقصد ويختلف بها الغرض غالباً ، فمنها الجنس كالثمرة ، والبر والإبل ، والنوع كالصيحاني من التمر ، والوسني من البر ، والمهريّة من الإبل ، وقد يستغنى بنوع إذا اشتهر عن الجنس ، كالضأن والمعز يستغنى بهما عن جنسهما وهو الغنم ، ومنها اللون فيما يتلون فإن كان الجنس لا يتغير لونه ، كالزنج ، لم يحتج إلى ذكر السواد ؛ لأن كلهم سود ، ومنها السن ، أما في الطير فيكفي صغر الجثة وكبرها ؛ إذ السن لا يكاد يعرف فيه ، فإن عرف وصف بها ، وفي غيره من الحيوان يعرف ، فيشترط فيه ذكر السن ، ويشترط ذكر الذكورة أو الأنوثة ، فيقول مثلاً : أسلمت إليك

(١) هذا هو الشرط الخامس من شروط السلم فلا بد أن يكون المسلف فيه معلوماً بهذه الصفات التي حددها الشارح / م .

في أمةٍ بكرٍ حبشية سَحَرَتِيَّة سمرَاء اللون طويلة القامة ، بنت عشر سنين ونحوها تقريباً لا تحديداً فإنه مبطل ، وقال ابن النحوى في تحرير الحاوى : وقوله وصفات فيها غرض ظاهر يشترط ذكرها في العقد على وجه لا يؤدى إلى عزة الوجود ، ثم قال ولقد أحسن صاحب البهجة^(١) حيث قال : أغراضهم فيها اختلافٌ ظاهر ، قلت بوجه لم يدعه نادراً ، ومقتضى كلامهما أن كل غرض ظاهر يشترط ذكره ما لم يؤد إلى عزة الوجود ، وليس كذلك ، بل المشروط ذكر صفات تُقصد ويختلف بها الغرض غالباً ، ولا يشترط في العبد كونه قويا أو ضعيفا ، ولا كاتباً أو أمياً ، وكذلك الدعج والكحل والملاحه ، وكل ذلك لا يشترط ذكره ، ولا يجوز أن يشترط ذكره ، ويجوز أن يشترط منه ما لا يؤدى إلى عزة الوجود ، فلو أتيا به في معرض الجواز لا الشرط كان صواباً ، أو لو قال : يغلب قصدها بوجه لا يؤدى إلى العزة ، وذلك أن اللون والحجم والشكل والوزن لا بد من قصدها والتعرض لها ، لكن التعرض في الجواهر والآلئ الكبار يؤدى إلى عزة الوجود فيها ، فيمتنع السلم فيها ، وقوله في الحاوى : مع الصغر أو الكبر جثة ، في الطير ، واللون والذكورة والأنوثة ، والسن في الحيوان ، والقَدُّ في الرقيق : فيه أمران :

(١) البهجة : بهجة الحاوى شرح للحاوى (أصل الإرشاد) للقاضى زين الدين زكريا بن محمد الإنصارى المتوفى سنة ٩١٠ هـ شرح الحاوى الصغير ، وسماه « بهجة الحاوى » وهو غير البهجة الوردية فإنها نظم للحاوى أيضاً نظمها زين الدين عربن مظفر الوردى الشافعى المتوفى سنة ٧٤٩ هـ وهى خمسة آلاف بيت ، ج ٣١٩/١ كشف الظنون .

أحدهما : أن الصواب ذكر اللون مع الجنس والنوع ؛ لأنه شامل
لهما ، وتأخيرهُ بعد الطير يوهم اختصاصه بالحيوان .

الثانى : اقتصر على زيادة القَدِّ فى الرقيق ، والأصح أنه
يشترط ذكر البكارة والثبوبة فى الإناث أيضاً .

وقوله : (وأنه خِصْيٌ مَعْلُوفٌ ، رضيعٌ أو ضدها ، من فَخَذٍ
أو جَنْبٍ أو كَتِفٍ فى اللحم ، ويُؤخذ عظم معتاد) .

أى : وإذا أَسْلَمَ فى اللحم ، وجب ذكر الجنس والنوع والذكورة
والأنوثة ، وأن الذكر خِصْيٌ أو غير خِصْيٍ ، ويذكر السن فيقول :
جذع أو ثنى ، ويذكر أنه معلوف ، أو غير معلوف ، ويبيِّن فى
الصغير أنه رضيع أو فطيم ، ولا يشترط ذلك السَّمَنِ والهزال على
الأصح ، ويجوز اشتراط أحدهما ، وقال الغزالي : يجوز شرط الهزال ؛
لأنه عَيْبٌ غير منضبط ، قال صاحب الجوهرة : والذي قاله العراقيون
أنه يصح ، بل قالوا : من شرط السلم فى اللحم أن يبين كونه سَمِيناً
أو هزيلًا ، ونَقَلُوا عن الشافعى رحمه الله تعالى ، أنه لا يجوز
اشتراط العجف ؛ لأنَّ العجف هُزَالٌ عن علة ، وقال القونوى :
ولا يعتبر ذكر السمن والهزال ، وصوابه لا يشترط ؛ لأنَّ شرطه
لا يلغو ، وإذا أطلق السلم فى اللحم لزمه أن يأخذ العظم المعتاد أخذه ،
فإن شرط نزعهُ لزم .

وقوله : (وطولٍ وعَرَضٍ ودَقَّةٍ ، ونُعُومَةٍ وَصَفَاقَةٍ ، أو ضِدُّهَا ،
وبَلَدٌ قُصِدَ فى ثَوْبٍ) .

أى : ويشترط فى الثوب ، أن يذكر الجنس والنوع والطول والعرض والدقة ، والغلظ والنعومة والخشونة ، والصفاقة والركة ، ويشترط ذكر البلد الذى نسج فيه ، إذا كان الغرض يختلف باختلافه ، وقد أهمل فى الحاوى ذكر البلد ، ولابد من ذكره إن اختلف الغرض باختلافه ، كما ذكره فى العزيز والروضة .

وقوله^(١) : [(ووجب خام ، وبشرط مقصور)

أى : إذا أطلق السلم فى الثوب ، ولم يشترط كونه مقصوراً ، لزمه خاماً ، لا مقصوراً ، وإن شرط كونه مقصوراً جاز ، ولزمه ، لا كونه ملبوساً لعدم الانضباط] .

وقوله : (يُلَغَّةٌ عَرَفَاها وَعَدْلَانِ) .

أى : يشترط أن يكون السلم بلغة يعرفها المتعاقدان ، ويشترط أن يعرفها أيضاً عدلان معهما ، وإن لم يحضرا العقد ، وقوله فى الحاوى : يعرفانها وغيرهما ، إن أراد واحداً فليس بكاف أو الاستفاضة فليست شرطاً على الصحيح ، أو عدلين ، فهو الصحيح ، لكن لا صريح به ، وقد سبق فى الأجل بفضح النصارى أن علمهما به كاف ، أو علم عدلين ، والفرق أن الجهالة ، هناك عائدة إلى الأجل ، وهنا إلى المعقود عليه ، قال الرافعى والنووى : فجاز أن يحتمل هناك ، ما لا يحتمل هنا .

(١) هذه الفقرة (وقوله ووجب خام . . . إلى الانضباط) بهامش (أ) وفى موضعها من (ب) .

وقوله : (وصحته في كل منضبط ، وإن اختلط ، كعتابي*
وخز* وشهد* وجبن وأقط وخل* تمر ، وزبيب ، لا مخيض ، به ماء ،
ورئوس حيوان وأكارع) .

أى : لا يصح فيما لا ينضبط بالوصف وإن خالطه شئ آخر ، نظرت ،
فإن كان خليقياً كالشهد ، فهو معروف كالمنضبط ، وشبهه* بالتمر
فيه النوى ، وإن كان صناعياً ، نظرت ، فإن لم يقصد من الاختلاط ،
إلا واحداً كالجبين ، وفيه الإنفحة ، والأقط وفيه قليل دقيق وملح ،
جاز السلم فيه ، وإن قصدت ، ولكنها تنضبط كالعتابي* : المركب
من القطن والإبريسم ، والخز : المركب من الوبر والإبريسم ، جاز
السلم أيضاً ، وإن تعذر ضبطها ، كالمعجونات^(١) والغالية ، والترياق
والهريسة ، ومعظم المرق والحلوات ، والخفاف والنعال ، لم يجز السلم
فيها ؛ لاشتغالها على الظهارة والبطانة ، وكالنبال بعد التخريط والقيسي* ،
ويجوز في خل الزبيب والتمر ، وإن كان الماء فيه مقصوداً غير
منضبط إلا أنه قوامه ومصلحته فيه ، بخلاف المخيض فإن الماء ليس
من مصلحته وقوامه ، وأما رئوس الحيوان فلا يجوز السلم فيها ، وإن
كانت نيئة منقاة من الشعر ؛ لاشتغالها على أبعاد مختلفة كالمناخير
والمشافر والألسنة فيتعذر ضبطها ، ولا يقال الحيوان مشتمل على هذه
فهلا امتنع السلم فيه ؟ لأن المقصود من الحيوان جملة من غير تحديد

(١) المخلوط من أشياء مختلفة غير معروفة المقدار ، والغالية : مركبة من مسك وعنبر وعود وكافور كذا في الروضة
وأصلها . والترياق ، قيل : وزن فيال بكسر الفاء وهو روى معرب ويجوز إبدال التاء طاء ودالا ، وقيل : مأخوذ من
زائدة ووزنه تفعال ؛ لما فيه من ريق الحيات ، وهذا يقتضى أن يكون عربياً ، المصباح . والهريسة جملة من الجبوب تهرس
الريق والتاء وتندق ناعماً وتخلط بمقادير غير معلومة . وقيل هى البالوطة ، وقيل نوع منها م / م .

النظر إلى الأعضاء ، بخلاف العضو الواحد إذا أُفرد ، فإنه يصير هو المقصود ، فيشترط فيه الضبط ، والأكارع كالروءوس عند الجمهور .

وقوله : (ولا عزيز وجود كلالء كبار ، وأمة وولدها)

إما لعزة وجوده ، كالصيد في موضع يندر فيه ، وإما لعزة إجتماع وصفاته المقصودة ، كاليواقيت والآلء الكبار ؛ إذ لابد من التعرض للحجم والشكل والصفاء والوزن واجتماع ذلك نادر ، ويجوز السلم في الآلء الصغار كيلا ووزناً وهو ما يقصد للتداوى ، وضبط الشيخ أبو حامد ما يجوز فيه السلم منها ، بما وزن الواحد منه سدس دينار ، وإن كان يقصد للتزيين ، قال الرافعى : وذلك تقريب ، ولا يجوز في جارية وولدها ؛ لأن اجتماع صفاتها مع الولد نادر ، فكذلك جارية وأختها ونحوه ، واستشكله الرافعى ؛ لأن النص على جواز شرط كون العبد كاتباً والجارية ماشطة وذلك قد يندر مع اجتماع الصفات المشروطة ، قلت : والفرق ظاهر ، فإن المقصود من الكاتب ما يقع عليه اسم كتابة ، وليس كذلك ؛ لأنه يشترط أن يوصف بصفات السلم كما توصف أمة ، واجتماع صفات كل منهما على ما يوجبه العقد أشد ندرة ، ولو أسلم في حامل لم يصح على المذهب ، فكذا في لبون على الأظهر .

وقوله : (وشُرط تعيين مكان أداء مؤجل له مؤنة ، أو لم يصلح له مكان عقد) .

أى إذا أسلم إليه فى مؤجل فى موضع يصلح للتسليم ، فإن كان فى خفيف لا مؤنة فى حملة كالدراهم والدنانير لم يشترط تعيين مكان الأداء ، بل له مطالبة فى أى بلد وجده ، وإن كان لحملة مؤنة اشترط التعيين ، وإن كان المسلم فيه مؤجلاً والموضع لا يصلح للتسليم وجب بيان موضع التسليم مطلقاً ، سواء كان له مؤنة أم لا ، وإن أسلم إليه حالاً ، لم يشترط بيان موضع كالبيع ، فإن قيل : لم اشترط فى المؤجل بيان موضع التسليم ، فيما لا مؤنة فى حملة وهو له أن يطالبه فى أى بلد شاء ؟ قلنا : لا ، لكنه لا يجوز أن يطالبه فى موضع لا يصلح للتسليم ، ولهذا لا يشترط بيان موضع التسليم ؛ لئلا يلزم منه جواز طلبه حيث عقد ، وقبوله إن سلم حيث قلنا لا يشترط بيان موضع التسليم ، ولو عين للقبض موضعاً لزم ، سواء كان السلم حالاً أو مؤجلاً بخلاف البيع ، والفرق أن السلم موضوع على التأجيل فقيّد شرطاً يتضمن تأخير التسليم ، بخلاف البيع ، وقوله : (وجاز شرط أردأ ، لا بعيب ، وجيد لا أجود ، وردىء ووجب أجود لا أردأ) (١) .

أى يجوز أن يشترط الجيد ، ولا يجب على الأصح ، وينزل على أقل درجات الجودة كما يفعل فى سائر الصفات ، وإن شرط الأردأ جاز ، وإن أتى بجيد من نوعه جاز ، أو بردىء لم يَجْزُ أن يطالبه بأردأ منه ؛ لأن ذلك عناد ، وإن شرط الردىء بالعيب لم يجز لعدم

(١) هذا هو الشرط السادس من شروط السلم ، أن يعين مكان التسليم ؛ لما فى ذلك من مؤنة وتكلف فى غالب الأحوال ، إذ أنه إذا كان المسلم فيه حالاً لم يشترط بيان موضع التسليم ؛ إذ لا حاجة إلى ذلك ، مالم يعين موضعاً للتسليم ، فلو عين موضعاً له لزمه سواء كان حالاً أو مؤجلاً / ٥ .

انضباطه ، وفصل في الروضة بين رداءة النوع والعيب والصفة ، فقال إذا أسلم في ردىء النوع جاز ، وإن كان ردىء عيب أو صفة لم يجز ، وهذا كلام مشكل ، فإن النوع لابد من ذكره مع الجنس ، فمن قال مثلاً : أسلمت إليك في ذرة حمراء فهو غير ذاكر للردىء ، وإن كانت من ردىء أنواع الذرة ، وَيُبْعَدُ الخلاف في صحة السلم فيها ، وإذا قال : أسلمت إليك في ذرة حمراء ذرية خبيثة أو معيبة ، فهو الذى لا يَنْضَبِطُ ، والردىء يقع على ما تعيب كالمسوس أو قطع محظوراً^(١) قَبْلَ نَضْجِهِ ، قال القونوى : وفصل كثيرون ، فقالوا : شرط رداءة النوع كالحشف من التمر يجوز لانضباطه ، ولا يخفى أن الحشف لا يختص بنوع من التمر بل ما قطع من سائر أنواعه قبل نضجه صار حشفاً ، وذلك لا ينضبط ، وإن كان في التمر نوع يسمى الحشف فهو كالذرة الحمراء ، ثم إذا جاءه بأجود مما شُرْطَ ، نظرت ، فإن كان من نوعه وجب قبوله ، وإن كان من غير نوعه كالبراني^(٢) عن الْمُعْقَلِ لم يجز قبوله على الأصح ، وإن جاءه بأردأ مما شرط وهو من نوعه جاز قبوله ، ولم يجب .

وقوله : ولا بغير مَحِلٍّ [وَمَحَلٌّ]^(٣) وَثَمَّ غَرَضٌ ولا أداء ثَقِيلٌ ، ببلد آخر) .

أى : لا يجب قبول المؤجل ولا المسلم فيه في غير محله وهو زمان الأداء ، ولا في غير محله - بفتح الحاء - وهو مكان الأداء ، فإن

(١) أى بين السلامة والتلف كما مثل له بالقطع قبل النضج / م .

(٢) والبراني والمعقل نوعان من التمر / م .

أداه قبل الحلول ، وللمسلم غرض في الامتناع ، كما إذا كان زمن نهب
أو كان المسلم فيه حيواناً يُغلف أو طعاماً يقصد أكله طرياً عند المحل ،
أو يحتاج إلى مؤنة في حفظه فله الامتناع من قبوله . وإن لم يكن
له غرض مقصود أجبر على القبول سواء كان للمؤدى رهن أو أراد
براءة ذمته ، وكذا إذا أتى به في غير محلّ التسليم ، إن كان له غرض
في الامتناع بأن كان لنقله مؤنة وطالبه أو الموضع مخوفاً ونحوه لم
يجبر ، وإن لم يكن له غرض أجبر كما في المحل - بكسر الحاء -
ولا يجب على المسلم إليه الأداء قبل الحلول وإنما لم يذكر هذه المسألة
في الإرشاد ، وإن كانت مذكورة في الحاوى لأنها أظهر من أن تذكر ،
وكذلك لا يجب في غير مكانه حيث له غرض ، فإن طولب به في
المحل في غير مكان التسليم فإن كان لنقله مؤنة ، وطالبه بها أو كانت
قيمتها حيث طولب أكثر لم يجبر ، لظهور غرضه في الامتناع ،
ولا يطالب بالقيمة للحيلولة لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض ،
ولكن ليس له الفسخ ، وإن لم يكن له مؤنة ، ولم تزد القيمة أجبر .

(١) لفظ (وعمل) بهاش (١) وفي مكانه من (ب) .

القرض

وقوله : (فصل^(١)) : **إِنَّمَا يُقْرَضُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ وَخُبْرٌ ، لَا أُمَّةَ تَحِلُّ**
لِلْمُقْتَرَضِ .

أى : شرع في باب القرض^(٢) وأدخله في باب السلم ؛ لأن كلا منهما إثبات مال في الذمة بمبدول في الحال ولأنه لا يجوز إلا فيما جاز السلم فيه إلا فيما استثنى لأن كلا منهما يسمى سلفاً وصرح بأنه لا يجوز أن يقرض إلا ما يجوز السلم فيه وأنه يجوز القرض في الخبز على الأصح وإن كان لا يسلم فيه ، على الصحيح ، واستثنى مما يجوز فيه السلم الجارية التي يحل للمقترض وطؤها فالعلة أنا قد جوزنا للمقترض الرجوع فيها فربما رجع وقد وطئها المقترض ، فيكون كإعارة الجارية للوطء ، وفهم منه ، أنه يجوز قرضها من المحارم والنساء ومن المسلم إذا كانت مجوسية وقوله في الحاوى : **وجاز قرض ما جاز سلمه فقط فيه أمران :**

(١) في القرض وجمع مع السلم لأن كلا يسمى سلفاً ، وهو يفتح القاف أشهر من كسرهما ، أما اسم مفعول أو مصدر كالإقراض : وهو تمليك شيء يرد بدله ، وأصله القربة ، وفي حديث أنه أفضل من الصدقة ، وفي آخر عكسه ، وجمعت بينهما في الأصل ، وقد يحرم إن غلب على ظنه صرف المقترض لما يأخذه في الحرام ، ويجوز لمضطر مطلقاً وكذا على غيره إن غلب على ظنه وفأؤه من جهة له ظاهرة أو علم المقترض بحاله ، وأركانه : عاقدان وشرطها رشد واختيار ويزيد المقترض بكونه أهلاً للتبرع ، فيمتنع على ولي قرض مال موليه لغير ضرورة ، إلا للقاضي ، لكثرة اشتغاله ، لكن إنما يقرض أميناً موسراً لاشبهة في ماله حيث كان مال المولى خالياً عنها كما يأتي في الرهن ، وله إقراض مال المفلس أيضاً إذا رضى الغرماء بتأخير القسمة ليجتمع المال ، ومثله فيما ذكر الإمام في مال بيت المال ، والتتمير بأهل التبرع لإخراج الولي أولى منه بمطلق التصرف ، في مال محجوره غير أنه لا يتبرع به ، ومعقود عليه وصيغة وقد أخذ في بيانها فقال / ف

(٢) ودليل النذب حديث « من نفس عن مسلم كربة إلى آخره » ص ١٣٤ - ٤ بلوغ المرام وقال ابن عمر الصدقة يكتب أجرها حين تصدق بها ، والقرض يكتب أجره مادام عند المقترض ، وقد ورد « أنه صلى الله عليه وسلم رأى ليلة المعراج على باب الجنة مكتوباً أن درهم الصدقة بعشرة ودرهم القرض بثمانية عشر » وزيادة الثواب دليل على الفضل ولذلك عليه جبريل لما سأله النبي صلى الله عليه وسلم عن زيادة ثوابه بأن لا يقع إلا في يد محتاج ، حاشية المنهاج / م .

أحدهما : أَنْ ما جاز سلمه وهو غير ما يجوز السلم فيه ، فإن الذى يجوز سلمه هو رأس المال ، وليس كل ما جاز سلمه جاز إقراضه ، بل يجوز إِسْلَامُ اللآلِءِ الكبار والصُّبْرَة من الطعام غير مكيّلة وجعلها رأس مال ، ولا يجوز إقراضها ولكن ما جاز السلم فيه جاز إقراضه ، وهو مراد الشيخ .

الثانى : قوله فقط مقتضاه ، أنه لا يجوز إقراض الخبز والذى نقله ، فى الروضة عن صاحب الشامل والتتمة والمستظهرى^(١) جواز إقراضه ، واحتجوا بإجماع أهل الأمصار على فعله ، فى جميع الأعصار .

وقوله : (بإيجاب^(٢) كَأَقْرَضْتُكَ أَسْلَفْتُكَ خذه بمثله ، مَلَكْتُكَ عَلَى أَنْ تَرُدَّ بَدَلَهُ ، وقبول) .

أى إنما يقرض بإيجاب وقبول ، موافق فى المعنى ، كما فى سائر العقود ، فإذا ملكه ثم اختلفا فى ذكر البدل ، فالقول قول القابض .

وقوله : (وَمِلْكُ بِقَبْضٍ ، وَجَازَ رَدُّ ، وَاسْتِرْدَادٌ) .

(١) المستظهرى : الشيخ الإمام أبى بكر محمد بن أحمد بن القفال الشافعى المعروف بالمستظهرى المتوفى سنة ٥٠٧ هـ وخبائنه وهو صاحب حلية العلماء فى مذاهب الفقهاء « وهو كتاب كبير صنعه الخليفة المستظهر بالله العباسى . ووافق ما فعله وعدل عن المجمع عليه ولذلك يلقب بالمستظهرى وذكر فى كل مسألة الاختلاف الواقع بين الأئمة ثم صنف المعتمد وهو كالشرح للحلية ح ٣٤٧/١ كشف الظنون .

(٢) يشير بذلك إلى الركن الرابع وهو الصيغة ولا بد منها من لفظ يشمر بالإيجاب والقبول وإشارة الأخرى المهمة تقوم مقام اللفظ / ٥ .

أى : ويملك المستقرض بالقبض ، وقيل لا يملك إلا بالتصرف والصحيح الأول لأنه لو لم يملكه لما جاز التصرف فيه ، فإذا قلنا يملكه فله رده ؛ لأنه لو تلف ردّ بدله ، فردّه بعينه أولى ، وللمقرض أيضاً استردّاده لما ذكرناه .

وقوله : (ووجب ردّ المثل ولو صورة) .

أى ومقتضى القرض ردّ المثل حقيقة ، إن كان مثلياً ، وصورة ، إن كان متقوماً^(١) ، وهو أحسن من قول الحاوي : ويجب ردّ المثل صورة لأنه لا تصريح فيه ، بذكر القسمين معاً .

وقوله : (وأداؤه كمُسَلَّم فيه حلّ صِفَة ، وزماناً ومكاناً ، نعم له في غيبة قيمة ذى مؤنة ببلد القرض ، يوم طلب) .

أى : أداء القرض كأداء المسلم فيه عند حلوله ، وحكهماً واحداً فيما ذكرناه ، أمّا في الصفة فلا يجوز أن يعطيه الرديء عن الجيد ونحو ذلك ، وأمّا في الزمان فللمقرض وللمسلم عند الحلول المطالبة بهما في كل حال وعليهما قبوله في كل حال ، سواء كان زمن نهب أو غيره ، وأمّا في المكان فإن كان لنقلهما^(٢) مؤنة لم تجب المطالبة بهما في غير البلد لكن له المطالبة في القرض بقيمة بلد القرض يوم المطالبة ، ولا يطالب المسلم إليه بذلك ، والفرق أن القرض يجوز الاعتياض

(١) لحديث مسلم « أنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرأورد رباعياً وقال : ان خياركم أحسنكم قضاء والبر هو الثنى من الإبل ، كالغلام في الآدمي . والرباعي ما دخل في السابعة ، والحديث ص ٤٢ - ٣ بلوغ المرام .
(٢) ضمير المثني يعود على مال القراض والمسلم فيه .

عنه ، بخلاف المسلم فيه ، وأطلق في الحاوى^(١) وكذا في العزيز والروضة استواء أدائهما ، في الصفة والزمان والمكان ، ولا يخفى أن استواءهما زمانا مختص بما إذا حلَّ دين المسلم ، وإلا فهما قبل حلوله متباينان فهذا يستحق المطالبة ، وهذا لا يستحق ، وكذلك لا يجب قبول المسلم فيه قبل الحلول وثم غرض والقرض يجب قبوله ، على كل حال ، فيجب حمل ذلك على ما ذكره .

وقوله : (وفسد بشرط جر نفع مقرض ، كأن يرهنه بدين آخر أو برده ببلد آخر ، أو بعد شهر فيه خوف ، وهو ملي ، وكذا رد أكثر أو أجود ، فإن عكس ، أو شرط أجلا ، أو أن يقرضه ثانياً ، ولا غرض صح وفسد الشرط) .

أى ويفسد القرض إذا شرط فيه شرط جر منفعة إلى المقرض ، لقوله صلى الله عليه وسلم « كل قرض جر نفع مقرض فهو رباً »^(٢) وهو محمول على ما إذا شرط فيه لأنه يجوز أن يرده بزيادة ، فإذا أقرضه مائة مثلاً وشرط عليه أن يرهنه بمائة أخرى ، أو شرط أن يرد إليه في بلد أخرى ليربح حمل الطريق وخطره ، أو بعد شهر وكان له في ذلك غرض بأن كان زمن نهب ونحوه ، فإن القرض يفسد بذلك وقيد الرافعي والنووى في الروضة فساد العقد بالقرض في النهب ، بما إذا كان المستقرض مكيثاً وقد أهمل هذا القيد في الحاوى ولا بد منه وكذا

(١) وفي ح « نعم لو ظفر بالمستقرض في غير مكان الإقراض جاز مطالبه بقيمة بلد الإقراض يوم المطالبة إن كان

لنقله مؤنة » .

(٢) هذا الحديث رواه الحارث بن أبي أسامة من حديث علي عليه السلام قالوا وفي إسناده سوار بن مصعب وهو

متروك . وصححه إمام الحرمين والنفزالي ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام ص ٤٢ - ٣ بلوغ المرام .

إذا شرط رداً أكثر مما أقرضه أو أجود منه فسد القرض ، فإن عكس بأن شرط رداً أقل مما أقرض أو أزدأ منه ، أو اشترط أجلاً ، ولا غرض ، أو أن يقرضه قرضاً ثانياً ، ولا غرض صح وفسد الشرط فقط ، لأن النهي ورد عن شرط المقرض وهنا قصد نفع المقرض ، والعقد عقد ارتفاق فصح ، ولغا الشرط ، لأنه وعد لا يلزم ، والقرض المانع في شرط الإقراض الثاني أن يكون زمن نهب ، ونحوه ، فلا يصح ذلك . وقوله : (وجاز نفع بلا شرط ، وشرط رهن وكفيل وإقرار عند حاكم) .

أى : ويجوز للمستقرض أن يؤدي أكثر وأجود ، ويفعل كل ما ينفع المقرض ، إذا كان من غير شرط لقوله صلى الله عليه وسلم : « خيركم أحسنكم قضاء »^(١) ولأن صلى الله عليه وسلم ، اقترض بغيراً وأدى عنه بغيرين^(٢) ويجوز شرط الرهن والكفيل والإقرار عند الحاكم ، لأن ذلك ثوثقة ، لا زيادة نفع للمقرض ، فإن قيل أى فائدة ، في اشتراط الرهن في القرض ، فإن الشرط في البيع فائدة وهي أنه إذا امتنع كان له فسخ البيع ، وهناك الفسخ سواء شرط الرهن أم لا [قلنا الحياء والمروءة يمنعان من الرجوع في القرض بغير سبب ، فإن امتنع من الوفاء بالرهن ، كان معذوراً في الرجوع غير ملوم ، وصون القرض غرض مقصود .

(١) في رواية البخارى عن جابر رضى الله تعالى عنه ، قال « أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وكان لي عليه دين فقضاني وزادني متفق عليه ، وثبت في رواية البخارى أيضاً أن الزيادة كانت قيراطاً ص ٢٣١ - ٥ نيل الأوطار ، ولذا قالوا تجوز الزيادة من غير شرط مسبق كما وقع في هذا الحديث أما إذا شرط في العقد فإن ذلك غير جائز وعقد القراض فاسد ومنع المالكية الزيادة بالعدد وأجازوا الزيادة بالوصف كما في البكر والرباعي المتقدمين في حديث مسلم السابق / م .

(٢) الذى رواه مسلم عن أبي رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم استلف من رجل بكرة فقدمت عليه أبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكرة الحديث ص ٤٢ - ٣ بلوغ المرام .

الرهن

وقوله: (باب^(١)) : صِحَّةُ رَهْنٍ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ ، أَوْ اسْتِيجَابٍ مِنْ أَهْلِ بَيْعٍ .

أى : لا يصح الرهن إلا بالإيجاب كقول الراهن رهنـت هذا منك بكذا ، والقبول كقول المرتهن ارتهنـت أو قبلته ، أو الاستيجاب كقوله ارهن عبدك منى بكذا ويشترط التوافق فى المعنى والتواصل كما فى البيع ، ويجوز التعليق بالمشيئة واشترط فى الحاوى^(٢) لإيجاب الرهن أهلية البيع وآخر القبول عنه ، فاقتضى كعارية ، أنه لا يشترط فيه أهلية بالبيع ، فليس كذلك ، بل الإيجاب والقبول فيه ممن له أهلية البيع ، شرط .

وقوله: (لَأَوَّلَى ، وَمَكَاتَبٍ ، وَمَأْذُونٍ ، إِلَّا مِنْ أَمِينٍ آمِنٍ ، أَنْ اشْتَرَى مَسَاوِ ثَمَنٍ وَرَهْنٍ ، أَوْ شَرَطَهُ فِى اشْتِرَاءِ عَقَارٍ لِنَهْبٍ) .

أى : وليس لولى سواء كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً أو قاضياً ، أو قياً ، ولا المكاتب ولا المأذون أن يرهن إلا من أمين ، فلا يجوز

(١) فى الرهن وهو لغة الثبوت وشرعاً . جعل عين ماله وثيقة بدين يستوفى منه عند تعذر وفائه ، وأركانـه أربعة ، صيغة ، وبدأ بها للاهتمام بها فقال / ف . وقال بعضهم الرهن لغة الثبوت أو الاحتباس ومنه قوله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » وفى الشرع جعل المال وثيقة بدين ، دليله من الكتاب قوله تعالى فرهان مقبوضه ٢٨٣ سورة البقرة « وفى السنة مارواه الشيخان « أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعاً عند يهودى على شعير لأهله » ص ٢٣٣ - هـ نيل الأوطار ثم المقصود بالرهن بيع العين المرهونة عند الاستحقاق واستيفاء الحق منها ، ولهذا قال بعضهم « كل ماجاز يبه جاز رهنه » ومقتضاه لايجوز رهن مالا يجوز يبه ، كالموقوف وأم الولد ، وما أشبه ذلك / م .

(٢) وفى ح « الرهن بإيجاب من البيع وقبول أو استيجاب » .

أن يرهّن له مع غير أمين ، لا يؤمن أن يتلفه أو يجحد ويشترط أن يكون المرهون منه آمناً لا يخاف عليه معه نهب ، ولا يجوز أن يرهّنه مع الأمين الآمن إلا إذا اشترى شيئاً يساوى الثمن والمرهون مثل أن يشتري ما يساوى مائتين بمائة ، ورهن به شيئاً يساوى مائة لأنه إذا تلف الرهن ، ففي المشتري ما يجبره ، ويجبر الثمن فلو طلب رهناً يساوى أكثر لم يساعده ، ولو كان عقاراً يؤمن تلفه كذلك يجوز رهّنه مع الأمين الآمن في زمن نهب يخاف على الرهن معه ، ولا يخاف عليه مع المرتهن ، بشرط أن يرهّنه الولي في عقار اشتراه له شرط الرهن وإن كان بثمن المثل وقوله في الحاوى : ورهن الولي والمكاتب والمأذون أن يساوى المشتري الثمن والمرهون ، أو لنهب أو نفقة فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق الجواز لذلك . ولم يقيده ، بالأمين ، ولا بد منه ، قال صاحب البهجة : ولم يجوزوا أن يرهّنوا ممن على الإيداع لا يستأمن .

الثاني : أنه أطلق جواز رهّنه للنهب وهو مقيد بما إذا كان المرتهن لا تمتد إليه يد النهب وإلا فلا يجوز كما ذكروا .

الثالث : أنه لم يذكر السبب الذي جوز الرهن به في الخوف ، وذلك إذا اشترى له عقاراً واشترط عليه الرهن ، وأن يكون غير قادر على الثمن ، وهذا يغنى عنه قوله بعد ، إن ارتقب غلاء ،

وما بعده فإن معناه ، أنه لا يجوز إلا إذا عجز عن النقد وارتقب ما يأتى ذكره .

وقوله : (ومن غير مأذون لنفقة ، وإصلاح ضيعة ، وإبقاء حق ، إن ارتقب غلاء أو غلة أو حلول دين)

أى : الآمن أمين آمن إن اشترى مساوى الثمن والرهن ، أو لنهب عقاراً ، أو نفقة فيجوز ذلك للولى ، أيّاً كان أو وصياً ونحوه أن يرهن فيما اشتراه بشرطه ، أو لنفقة الطفل ، وإصلاح ضياعه ، وإيفاء حقوق عليه ، إذا كان مرتقباً لغلة الطفل . من أرضه ونحوها ، أو مرتقباً لأن تغلو بضاعته ، وكان من إبقاء المرهون مصلحة ، وكذلك إذا كان يرتقب حلول دين الطفل ، ففي كل هذه الأحوال يجوز له الرهن من الأمين الآمن ، والمكاتب فى هذا جميعه كالولى بخلاف المأذون .

وقوله : (وارتهن ولى لطفل بما ورث ، وكل بدين تعذر ، وبما أقرض أو باع مؤجلاً لنهب ووجب لبيع غبطة) .

ويجوز الإرتهان للمولى عليه بما ورثه من دين مؤجل ، ويجوز لكل من المولى والمكاتب والمأذون ارتهان بدين تعذر استيفاؤه فى الحال ، وكذلك يرتهن له إذا أقرض ماله أو باعه نسيئة لنهب أو حريق ، وقيل الأولى ألا يرتهن ، لأنه قد يتلف ، ويقع مع حاكم يرى سقوط الدين سلف الرهن ولا يجوز للولى أن يقرض مال المولى عليه ، ولا أن يبيعه ، إلا لخوف ، وأما بيع ماله لغبطة

فلا يجوز أن لا يرتن له وإلا بطل البيع ، وضمن الولي وهو معنى قوله في الأصل ، ووجب لبيع غبطة ، ويجوز للقاضي إقراض مال الطفل ونحوه لكثرة أشغاله ، وللمكاتب والمأذون بحكم ولي الطفل ، وقد صرح به في الأصل ، وقد أطلق في الحاوى^(١) ، أنه يرتن بدينه الموصوف ، وبما أقرض أو باع نسيئة لنهب أو غبطة ، فسوى بين الإرتهان للنهب والبيع للغبطة وليساً سواء ، فإن الإرتهان لنهب جائز ، والبيع لغبطة واجب ، وقد بين ذلك في الإرشاد .

وقوله^(٢) : (وصحة عقده في عين)

أى : لا يصح عقد الرهن إلا في عين ، فلا يصح في دين ولو ممن عليه على الأصح ، لأن الراهن لا يقدر على تسليمه إلى المرتن ، ولا يجوز رهن المنافع ، لأنها تتلف أولاً بأول ، ولا يصح رهن الشائع . كبيعته ولأن قبضه ممكن ، فلو رهن نصيبه ، من بيت معين ، من جملة دار مشتركة ، فوجهان الأصح الجواز فإن خرج بالقسمة غرم قيمته وجعلت رهناً ، وقيل يكون كالتالف بأفة سماوية ، واحترز بقوله وصحة عقده في عين ، من الدين الذى يصير بإتلاف المرهون مرهوناً فإنها بإتلافه تبقى قيمته أو أرشه رهناً ، وهو في ذمة المتلف ، وهذا وارد ، على الحاوى .

(١) وفي ح « وارتن إن أقرض أو باع نسيئة لنهب أو غبطة أو تعذر استيفاء دينه أو ورث ديناً مؤجلاً » .

(٢) الركن الثالث . المرهون . وله شرطان : الأول كونه مما يحصل به توثق ، ويقدر على تسليمه / ف . والركن الرابع مرهون به وشرط فيه كونه ديناً فلا يصح بالعين المضنونة كالمنصوبة والمستعارة ولا بغير المضمون كمال القراض والمودع ، وستأتى شروطه والأول الصيغة وقد تكلم عنها في أول الرهن وبقي من الأركان الثاني وهو العاقدان ، ويشترط فيها أهلية التبرع والاختيار / م .

وقوله : (تباع لدى محله^(١) ، لا مُدَبَّر ، ومُعَلَّق عتق بصفة قد تتقدم) .

أى : ويشترط أن يكون المرهون مما يجوز بيعه ، عند حلول الدين ، لأن ذلك هو المقصود من الرهن ، فإن رهنه عبداً مدبراً لم يجز لأن السيد قد يموت فجأة فيعتق ، وهذا غرر لا حاجة إليه ، وأما رهن العبد المعلق عتقه بصفة يتأخر به عند حلول الدين فصحيح فإن كانت تتقدم لم يصح ، وكذا إذا أمكن تقدمها وتأخرها ، مثل أن يعلقه بقدوم غائب ونحوه ، لما فيه من الغرر .

وقوله : (ولو عارية من عارف ، بالمرتهن ، وذئنه جنساً ونوعاً وقدرأ وصفة وهو ضمان في عينه) .

أى : وصحة الرهن في عين ولو كانت عارية ، فلا يشترط أن تكون ملكاً للراهن ، والأصح أنه ضمان من المعير في العين المستعارة فيشترط أن يعرف المرتهن وجنس الدين ونوعه وقدره وصفته ، لأن الأغراض تختلف باختلاف ذلك ، ولو قال له أَعْرِئْنِي لَأَرْهَن بِأَلْف فَأَعَارِهِ كفى على الأصح ، وإن لم يقيد المعير بالإذن بألف ، وقوله في الحاوى : إن ذكر لم يرد أن يشترط ذكر ذلك في نفس العقد^(٢) ، بل أراد أن يظهر للمعير ذلك حتى يعرف ما يضمن في رقبة ماله .

وقوله : (فإن خالف ولو بنقص من مرتهنين ، لا دين بطل)

أى : فإن خالف المستعير ما أذن فيه المعير ، بأن رهنه بأكثر

(١) أى وقت حلوله كرتد / هـ .

(٢) وفى ح « وإن استعار له إن ذكر جنس الدين وقدره وصفته والمرتهن وبطل إن خالف » .

أو بجنس أو نوع آخر أو أَذِنَ له في الرهن حالاً فَأَحْلَ أو عكسه ،
أو ليرهن من واحد فرهن من اثنين بطل لأنّه قد يعجل أحدهما
فبييع حصته ، فينتقص ، وكذا لو خالف بالنقص من المرتهين ،
بأن أَذِنَ له أن يرهن من اثنين فرهن من واحد ، لأنّه قد يكون
له غرض لفكاك نصيب أحدهما ، وإن رهن بأقل مما أَذِنَ له من
الدين صح الرهن لأنّه أغبط من المعير ، وقوله في الحاوى : وبطل
إن خالف لا إن نقص القدر لا ليرهن من واحد ، فرهن من اثنين ،
أو بالعكس صوابه ؛ : لا ليرهن من اثنين فرهن من واحد ، لأنّه
في هذه الصيغة نقصان قدر استثنى من نقصان ولا حاجة إلى ذكر
عكسه ، لدخوله في المخالفة ، وأما الذى أتى به فليس قد يخالفه
حتى يستثنيه منه وذلك ظاهر .

وقوله : (ولزم بقبض المرتن وصار به أمانة) .

أى : الرهن المستعار ، يستحق صاحبه الرجوع فيه ، ولو بعد
عقد الرهن ما لم يقبضه المرتن ، وهو أيضاً من ضمان المستعير
ما لم يقبضه المرتن فإذا قبضه لزم ، ولم يجز الرجوع فيه وصار
أمانة كالرهن المملوك لا يضمّنه المستعير ولا المرتن بتلف ، ولا بجناية
يجنيها .

وقوله : (فإن حَلَّ أَجَلُ أَمَرَ الْمُعِيرُ ، هذا بفكه ، وهذا بطلب
دينه ، أو فسْخِهِ) .

أى : فإن حَلَّ الدين الذى رهن به المستعار ، أو كان حالاً فللمعير أن يطالب المستعير بفكّ الرهن ، ويجبر عليه ، ويقال ليس له ذلك كما ليس للضامن أن يطالب المضمون عنه براءة ذمته على الأصح ، والفرق أن مال هذا مشغل بالدين فهو كما لو غرم الضامن ، وله أن يطالب المرتهن بأن يطلب دينه ، أو يفسخ الرهن ، ويجبر على ذلك ، وقوله فى الحاوى : ويؤمر الراهن بالفك والمرتحن برد ماله أو طلب دينه : يريد فسخ الرهن ، وأما إذا رده إليه بلا فسخ ، فلا فائدة لامتناع تصرفه .

وقوله : (وإنَّ وَجَبَ بَيْعُهُ رُوجَع ، وَرَجَعَ بِمَا بَيْعَ .

أى : إذا غاب الراهن أو أعسر وتعين بيع الرهن روجع المعير فلعل له غرضاً فى فائدة ، فإن لم يأذن له ، ولم يعده باعه الحاكم ، فإن بيع رجع على المستعير بما بيع به ، قال الرافعى : فإن بيع بأكثر من قيمته ، وقلنا : إنه عارية قال الأكثرون : لا يرجع إلا بقيمته ، وقال القاضي أبو الطيب يرجع بما بيع به كله ، لأنه ثمن ملكه وقد صرف إلى دين الراهن ، قال الرافعى وهذا حسن ، واختاره الإمام وابن الصباغ ، والرويانى ، وقال النووى قلت هذا الذى اختاره هو الصواب ، واختاره الشاشى أيضاً ، وإن باعه بأقل من قيمته لم يصح ، فإن كان قدراً يتغابن به الناس رجع بما بيع .

وقوله : (وكذا لو رهنه ، عنه ، أو ضمن في رقبته بإذنه)

أى : إذا قال المديون لرجل ، ارهن عبدك عنى من فلان بدينه على فعل فحكمه حكم ما لو استعاره منه فيما ذكرناه كله ، وكذا لو قال : ضمنت مالك على فلان في رقبة عبدى على الأصح ، لكنه لا يرجع ، إلا إذا ضمن بإذنه ، فإنما ذكرناه فى أصل الإذن لتحصل المساواة بما قبله من كل وجه .

وقوله : ويرهن ما يفسد قبل محل دين ولا يجب إن شرط بيعه ليصير ثمنه رهناً .

أى : ويجوز رهن ما يساوع إليه الفساد لرطوبة إذا أمكن تجفيفه كأكثر الرطب والعنب ، وإن لم يمكن تجفيفه ، كالرطب الذى لا يتتم ونحوه وكالهريسة ونحوها ، فإن كان الدين حالاً أو يحل قبل الفساد ، جاز ، ويباع ، فإن تركه المرتهن ففسد ، وقد أذن له فى بيعه أو وجد حاكماً يرفعه إليه ضمن وإلا فلا وإن علم فساده قبل الحل لم يصح رهنه ، إلا إذا شرط بيعه عند خوف الفساد ، ويصير ثمنه رهناً بنفس البيع ، فلو رهنه وأطلق لم يصح فى الأصح ، فإن احتمل أن يفسد قبله أولاً يفسد فالذهب صحة رهنه ، وقوله فى الحاوى : وجعل الثمن رهناً ، لم يرد أنه يشترط أن يجعل الثمن رهناً بعقد آخر بل أراد أنه يشترط فى العقد أن يشترط بيعه ليكون ثمنه رهناً .

وقوله : (كضمن رهن خيف تلفه) .

أى : إذا رهن ما لا يتسارع إليه الفساد ثم طرأ ما يفسده كحنطة ابتلت ولا يمكن تجفيفها وخيف عليها التلف ، فإنها تباع كما تباع ، هذا ويصير ثمنها رهناً ولا ينفسخ الرهن لكونها لا تصح للعقد على مثلها ، إلاّ ألاّ يشترط البيع ، لأنّه يحتمل في الدوام ما لا يحتمل في الابتداء ، ألا ترى أن الآبق لا يجوز بيعه ، ولو أبق بعد البيع وقبل القبض لم ينفسخ .

وقوله : (وكونه^(١) بدّين ثابت لا زم) ، ولو في أصله ، كضمن فيه خيار ، لا كجعل قبل فراغ) .

أى : وصحة الرهن أن يكون بدّين ، فلا يصح الرهن بالأعيان المغصوبة ، فمن ظفر بغاصب ماله ورهنه به رهناً لم يصح ، لأن المقصود من الرهن في جوازه كضمان الأعيان ، قلنا لأن ضمان الأعيان ملحق بالكفالة بالبدن ، ولا يلزم الغرم فيها على الصحيح ، والرهن لم يوضع إلا للغرم ، وغرم العين منه متعذر ، ويشترط كون الدين ثابتاً فلا يجوز الارتهان به قبل ثبوته كضمن ما سيشتريه منه وإن اشتراه منه في المجلس ، وأن يكون لازماً ، والدين الثابت ينقسم إلى لازم وغير لازم ، واللازم ينقسم إلى لازم حال الرهن وغير لازم ، فاللازم حال الرهن ، يجوز الارتهان به ، سواء كان مستقراً كالضمن بعد القبض ، أو غير

(١) الركن الرابع من أركان الرهن المرهون به وله أربعة شروط : كونه ديناً ثابتاً لازماً أو آيلاً إلى الزوم ، معلوماً للعاقدين ، وقد ذكرها وذكر محترزاتها المؤلف . وأما المرهون الركن الثالث فذكره بقوله وصحة عقد في عين والأول والثاني العاقدان والصيغة وقد أشار إلى ذلك بقوله صحة رهن بإيجاب ويقبول الخ وأما العاقدان فشرطها أهلية التبرع والاختيار وكلها ذكرها المؤلف / هـ .

مستقر ، كالثمن قبل القبض ، والأجرة قبل الاستيفاء للمنفعة والصداق قبل الدخول ، واللازم لا في حال الرهن كالثمن ، في مدة الخيار ملحق باللازم وابتداءً لأن أصله اللزوم ، ومآله إلى أصله وما ليس بلازم ، ولا أصله اللزوم كدين الكتابة والجمالة لا يجوز الارتهان به ، إذ للمكاتب الفسخ متى شاء ، وكذلك جعل لا يصح الارتهان به ، ما لم يفرغ من العمل أيضاً ، لأن كليهما غير لازم ولا لهما أصل في اللزوم .

وقوله : (وَيُزَادُ بِالْدَيْنِ رَهْنٌ ، لَا عَكْسُهُ ، إِلَّا بِفَدَاءٍ أَوْ إِنْفَاقٍ بِشَرَطٍ) .

أى : ويجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن ، فإذا رهنه عبداً بعشرة ، ثم رهنه بها عبداً آخر جاز ، ولو أراد أن يزيد على الرهن ديناً مثل أن يرهنه عبداً بعشرة ثم أقرضه عشرة أخرى ليكون العبد مرهوناً بهما لم يجز على الأظهر ، نعم لا جنى العبد جنابة ففداه المرتهن بإذن الراهن ليكون مرهوناً بالدين والفداء صح لأنه من مصالح الرهن ، فكذا لو أذن له الحاكم في الإنفاق على الرهن بشرط أن يكون مرهوناً بالجميع ، وقوله بشرط أى بشرطهما وهو إذن الراهن في الفداء ، إذا جنى العبد جنابة على أن يكون رهناً به أيضاً أو الحاكم في الإنفاق إن غاب على أن يكون رهناً بهما ، وهاتان واردتان على إطلاق الحاوى^(١) [لأنه لم يستثنهما]

(١) الجملة (لأنه لم يستثنهما) ساقطة من (أ) وبهذا المكان من (ب) .

وقوله : (ويمزج رهن ببيع ، أو قرض ، إن إخر طرفاه) .

أى : ويجوز أن يمزج الرهن بالبيع أو القرض إن أبى البائع أو المقرض أولاً بإيجاب البيع أو القرض ، ثم باستيجاب الرهن ، وأبى المشتري أو المقرض بالقبول . ثم بإيجاب الرهن كبعتك هذا الثوب بمائة ، وارتهنت بها منك هذا العبد ، فيقول المشتري : اشتريت ورهنتك فإن قيل كيف صحتم الرهن ، وقد تقدم أحد شقيه على ثبوت الدين ، فهلا فسد ؟ كما لو قال كاتبك وبعتك هذا الثوب بألف ، قلنا الفرق أن الرهن من مصالح البيع فلما جاز شرطه في البيع للوثيقة جاز مزجه به لأنه أكد لها من حيث أنه قد لا يفي بالشرط .

وقوله : (ولغا أداء دين ، لا عقد رهن ، ظن وجوبهما) .

أى : لو ظن أن عليه ديناً فأداه لغا الأداء ، ولم يملكه القابض ، وكان له استرجاعه منه ، ولو باع منه عينا بشرط أن يرهنه بدين آخر له في ذمته لم يصح البيع ، ولا يلزمه الوفاء بالشرط ، فلو ظن صحته ولزوم الشرط فرهنه ، فالأصح أنه يصح الرهن وقطع في الحاوى بأن هذا الرهن يلغو وهو وجه نقله الرافعى ، عن القاضى ونقل عن الشيخ أبى محمد وغيره ، أنه يصح . وقال النووى : قلت قول الشيخ أبى محمد صح واختاره الإمام والغزالى فى الوسيط ، وزيف الإمام قول القاضى والله أجل وأعلم .

وقوله : (ويختص الرهن ، بالملفوظ به ، وحمل لحادث ، وبزيادة لا منفصلة ، ونحو صوف وغصن خلاف كثر) .

أى : لا يدخل فى الرهن إلا ما يلفظ به ، فلا يدخل اصوف واللبن فى رهن الحيوان ، ولا الثوب فى رهن العبد ، ولا المفتاح والرحا فى رهن الدار ، ولا البناء ولا الغراس فى رهن الأرض على المذهب ، بخلافها فى البيع لضعف الرهن وقوة البيع إلا أنه يدخل حَمَلُ الأَمة فى رهنها ، وإن لم يتناوله اللفظ ، لأنه يجرى مجرى الصفة فإذا وضعته كان الولد مرهوناً ، ولو حملت فى يد المرتن فالحمل غير مرهون ، فلو حل الدين وأراد أن يبيعها حاملاً لم يصح على الأصح ، ولا يصح استثناء الحمل فى البيع ، ويدخل أغصان الشجرة وأوراقها فى رهن الشجرة إلا أغصان الخِلاف^(١) وورق الفرصاد^(٢) ، وهو الآس لأنها ملحقة بالثمار ، ولو رهنه الشجر لم يدخل الثمر ، وقوله فى الحاوى : ويدخل فى رهن الأم ، لا غصن الخِلاف فى رهنه ، ولا غير معنى اللفظ : فيه أمران :

أحدهما أنه أطلق الحمل والأصح أن الحمل الحادث لا يدخل .

الثانى : أنه سكت عن الصوف ، على ظهر الشاة والأصح أن ما لا يعتاد جزه لا يدخل فى الرهن .

وقوله : (وَيَنْفَسِخُ قَبْلَ قَبْضٍ بِتَصَرُّفٍ يَمْنَعُ عَقْدَهُ) .

أى : إذا أنشأ الراهن تصرفاً فى المرهون قبل القبض نظرت ،

(١) الخلاف وزن كتاب شجر الصفصاف الواحدة خلافه ونصوا على تخفيف اللام وزاد الصغاني وتشديدها من لحن العوام ، مصباح / م .

(٢) والفرصاد شجر التوت الأحمر وتقدم معناه / م .

فَإِنْ كَانَ لَا يَمْتَنِعُ مَعَهُ عَقْدُ الرَّهْنِ كَتَزْوِيجِ الْجَارِيَةِ وَإِعَارَتِهَا وَإِجَارَتِهَا ،
وَوَطْئِهَا مِنْ غَيْرِ الْإِجْبَالِ لَمْ يَنْفَسَخِ الرَّهْنُ ، وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفًا يَمْتَنِعُ
مَعَهُ ، إِنْشَاءً عَقْدِ الرَّهْنِ ، كَالْبَيْعِ وَالْإِعْتَاقِ وَالْوَقْفِ وَالْكِتَابَةِ
وَالِاسْتِيلَادِ وَالتَّدْبِيرِ ، وَالْهَبَةِ مَعَ الْقَبْضِ انْفَسَخَ .

وقوله : (لَا مَوْتَ عَاقِدٍ ، وَهَرَبَ مَرَهُونٌ ، وَجَنَائِتِهِ ، وَتَخْمَرُ
عَصِيرٍ ، وَقَبْضٌ خَلَاءٌ) .

أى : إِذَا مَاتَ الْعَاقِدُ لَمْ يَنْفَسَخِ الرَّهْنُ ، لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ قَبْلَ
الْقَبْضِ جَائِزًا مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَإِنْ مَصِيرُهُ إِلَى الزَّوْمِ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعِ
فِي زَمَنِ الْخِيَارِ ، وَكَمَا لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْعَاقِدِ فِيهِ ، لَا يَنْفَسَخُ الرَّهْنُ
قَبْلَ الْقَبْضِ بِمَوْتِ الْعَاقِدِ ، وَكَذَلِكَ لَا يَبْطُلُ بِجُنُونِ الْعَاقِدِ وَسَفْهُهِ
بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ، وَالْعَاقِدُ يَشْمَلُ الرَّاهِنَ وَالْمَرْتَنَ ، فَإِنْ جُنَّ الْعَاقِدُ عَمِلَ الْقِيَمُ
مَا فِيهِ الْمَصْلُحَةُ مِنَ الْإِمْضَاءِ وَالْفَسْخِ ، وَإِنْ أَبْقَى الْعَبْدُ الْمَرْهُونَ قَبْلَ
الْقَبْضِ لَمْ يَنْفَسَخِ الْعَقْدُ ، وَكَذَا إِذَا جُنَى جَنَانَةً وَتَعَلَّقَ الْأَرَشَ بِرَقَبَتِهِ
وَكَذَا إِذَا تَخْمَرُ الْعَصِيرُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، لِأَنَّ الْأَثْمَةَ جَعَلُوهُ كَجُنُونِ الْعَاقِدِ ،
وَإِذَا تَخْمَرُ الْعَصِيرُ لَمْ يَقْبِضْهُ خَمْرًا لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ ، فَإِذَا صَارَ
خَلَاءً فَلَهُ قَبْضُهُ ، وَهَذَا قَضَاءٌ بِالرَّهْنِ لَا يَبْطُلُ بِالتَّخْمَرِ ، وَإِنَّمَا ارْتَفَعَ
الْحُكْمُ عَلَيْهِ حَالُ التَّخْمَرِ ، وَتَخْمَرُ الْمُبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ ، كَتَخْمَرِ الْمَرْهُونِ
فِي امْتِنَاعِ الْقَبْضِ وَصَحَّتْهُ بِمَصِيرِهِ خَلَاءً .

وقوله : (وَإِنَّمَا يَلْزَمُ رَهْنٌ وَهَبَةٌ بِقَبْضِ أَهْلِ بَاذَنْ كَتَعْيِنِ دِينَ ،

وحصل لذي يَدٍ بِقَدْرِ سَيْرٍ إِلَيْهِ ، كَمُشْتَرٍ ، ويوكل فيه ، لا من له إقباضٌ ، ورقيقه إلا مكاتباً .

أى : اعلم أن القبض ركن فى لزوم الرهن والهبة فلا يلزم واحد منهما إلا به ، ويشترط كون القبض بإذن من المالك ، وكون القابض أهلاً كَتَعْيِنِ دين ، فإذا كان لك على رجل ألف مثلاً ، ووجدت من ماله ألفاً ، لم يكن لك أن تقبضه عن دينك إلا بإذنه ، ولو أذنت له أن يُعْطِيَه صبيّاً ونحوه ، فَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ عن جهتك لم يصح القبض ولم يتعين لك ، فلو تلف ، تَلَفَ عن مِلْكِهِ كالمرهون والموهوب ، والقبض قد تقدم وَصَفُهُ فى البيع ، فإذا كان المرهون أو الموهوب فى يد المرتهن ، أو المتهب ، فلا بد من الإذن فى القبض ، ومضى زمن يمكن فيه السير إلى مكانهما ، ويسمى هذا القبض التقديرى ، والأول هو القبض الحقيقى وكذا الحكم فى قبض المبيع ، الذى فى يد المشتري سواء كان فى يده وديعة أو عارية ، أو غصباً ، وللمرتهن وللمتهب ، أن يوكل لمن يقبض له ، لكن لا يجوز أن يوكل من له أن يقبضه إِيَّاهُ ، وهو المالك أو وكيله فيه لثلاث يتولى طرفى العقد واحد ، ولا يُوَكَّلَ رقيق مالكة ؛ لأن يده كيده ، إلا إذا كان مكاتباً ، فإنه يجوز توكيله ؛ لأنه مستقل يتصرف دون سيده ، وقوله فى الحاوى : ويلزم الرهن بقبض مكلف كتعيين الدين ، ويوكل فيه إلا الراهن ورقيقه سوى المكاتب ، وإمكان سير من فى يده إليه كالهبة والبيع بإذن جديد ، كالهبة فيه أمران :

أحدهما : قوله لا الراهن يرد عليه ما إذا كان الراهن وكَيْلاً ،

في الرهن ، دون الإقباض ، فإنه يجوز ، أن يكون وكيلا ، للمرتهن ،
في القبض لأنه غير قبول للطرفين ، في هذه الصورة .

الثاني : قوله ويلزم الرهن بقبض مكلف وإمكان سير مَنْ في يده
إليه كاهبة ، والبيع مُقتضاه أن البيع لا يلزم إلا بالقبض ، وقد
احترز مما يوقعه في احتياج البيع إلى الإذن في القبض ، بقوله : بإذن
جديد كاهبة ، ولم يحترز عما يوقعه في احتياج اللزوم في البيع إلى
القبض ، فإن المبيع قبل القبض لازم ليس لأحد منهما فسخه وإن
كان غير مستقر .

وقوله : (وَتَوْضَعُ شَابَةً عِنْدَ عَدْلٍ لَهُ أَهْلٌ) .

أى : إذا ارتهن أجنبي أمة شابة جاز مطلقاً^(١) ، وقيل لا يجوز
رهن حسناء من أجنبي والمذهب جوازه ، فإن كان المرتهن محرماً أو
امراًة ، أو عدلاً وله زوجة أو أمة ، أو معه نسوة ، يؤمن غشيانها
معهن جاز وضعها عنده ، وإلا فلا يجوز وضعها عنده بل عند واحد
من ذكرناه ، فإن شرط وضعها عند غير من ذكرناه فسد الشرط ،
وبفساده يفسد الرهن على الأصح .

وقوله : (وَإِنْ أُوْدِعَ مَنْ يَدُهُ ، ضَامِنَةٌ ، بَرَى ، إِلَّا إِنْ رُهِنَ ، مِنْهُ ،
وَقَوْرَضَ وَزُوجَ وَأُجْرَ وَوَكَلَ فِيهِ ، أَوْ أُبْرِيَ ، وَهُوَ فِي يَدِهِ) .

(١) من أجنبي أو محرم ، سواء كان للأجنبي زوجة أو أمة أو عنده عدد من النسوة يؤمن غشيانها معهن أم لا ،
ومقابلته يشترط لصحة العقد ما ذكر كونه عدلاً أو له زوجة أو أمة . . . الخ / ٨ .

أى : إذا قال المالك للغاصب ، أودعتك العين المغصوبة فقبل ، برئ من الضمان وصارت أمانة ، وكذلك من تعدى في الوديعة ثم أحدث له إيداعاً^(١) ، وكذلك المستعير يودع ولو رهن العين المغصوبة من الغاصب صح الرهن ، ولم يسقط الضمان ، والفرق أن الرهن لا ينافي الضمان بل قد يجتمعان ، بأن يتعدى في الرهن ، فإنه يبقى مرهوناً مضموناً ، والوديعة والضمان لا يجتمعان متى تعدى المودع بطل حكم الوديعة وبقي مضموناً ، وكذا إذا قارضه على المضمون ، أو زوجه أو أجّره منه أو وكله في بيعه ، وكل ذلك لا يبرأ به ، وكذلك لو أبرأه من الضمان والمغصوب في يده ، لأنه أبرأ عما لا يجب .

وقوله : (وامتنع بلزومه ، بيع وهبة وكتابة ورهن ووطء ، وسفر به كزوج في أمة وانتفاع يضره ، وقطع يضر غالباً ، وكذا إجارة تجاوز المحل وتزويج لأتمته) .

أى : إذا لزم الرهن بالقبض فلا يستقل الراهن بالتصرف فيه ، والتصرف إما مزيل للملك ، بالنقل إلى الغير ، كالبيع والهبة والوقف ، فلا يصح منه ، وإما مزيل لا ينقل الملك ، إلى الغير ، وهو العتق وسيأتي ، وإما غير مزيل لكنه يرحم المرتهن في المقصود من الرهن ، وهو الرهن ، والكتابة ، أو ينقص المرهون ويقلل الرغبة ، كتزويج الجارية ، والإجارة التي يحل الدين قبل انقضاء مدتها ، وهذا إذا زوج

(١) يريد أن من تعدى في الوديعة بسبب يوجب الضمان كالسفر بها والأخذ للانتفاع إذا أحدث له إيداعاً آخر لا يضمن كالغاصب إذا أحدث له المالك إيداعاً فإنه يبرأ من الضمان ، م/ .

أو أَجْرٍ من غير المرتهن ، وأما منه فيجوز ، وكل ذلك يمتنع في الرهن ، وكذلك الوطء سواء كانت بكرًا تَفْتَضُ أو ثيباً تحبل أو آيسة أو صغيرة حَسْماً للباب ، كما يجاب العدة ، وكذا السفر بالمرهون بما فيه من الخطر والحيلولة المفوَّته ، كما يُمنَعُ زوج الأمة من السفر بها وجاز للسيد السفر بالمزوجة بحق الملك ولثلا يكون ذلك ذريعة إلى امتناعه من تزويجها ، ويمتنع من كل انتفاع يضر كالبناء والغراس في الأرض ، وكذا الزرع الذي يحل الدين قبل حصاده على الأظهر أو تنقص قيمة الأرض به ، ولو غرس أو بنى لم يقلع قبل الحلول وبعده يقلع إن نقص الأرض ، ولم تف قيمتها بالدين ، وكذلك يمتنع من سلعة ونحوها إذا كان يتلف غالباً سواء كان الترك متلفاً أم لا ؟ ولا يجوز أن يؤجر المرهون مدة يحل الدين قبلها ، ولا تزويج الأمة المرهونة ؛ لأنه يُنقص قيمتها إلا إذا كانت الإجارة والتزويج من المرتهن ، فإنه يجوز ، وقوله في الحاوى^(١) ، ويمنع البيع والتزويج وإجارة تنقضى بعد المَحَل ، وقطع فيه حَظَر : فيه أمور :

أحدها : أن التزويج ، لا يمنع مطلقاً ، بل يصح تزويجها من المرتهن .

الثاني : المنع من الإجارة ، إنما هو أيضاً من غير المرتهن ، وأما منه فيصح .

(١) وفي ح « فيمنع البيع والهبة والرهن والتزويج والكتابة وإجارة تنقضى بعد المحل والوطء والسفر به كبالزوجة الأمة وانتفاع يضر وقطع فيه حظر » .

الثالث : قوله وقطع فيه حَظَرُ هذا إذا كان الغالب منه التلف ،
وأما إذا كان الغالب السلامة ، فالأصح أنه يجوز مطلقاً ، وهو
مقتضى كلام العزيز والروضة .

وقوله : (ولا فَضْدٌ وَحَجْمٌ وَخِتَانٌ لا يَضُرُّ) .

أى لا يمنع الراهن من فصد المرهون ، وحجامة ومداواته ، ولا من
ختان العبد ؛ لأن ذلك من مصالح الرهن ، وقالوا فى الختان ، هذا إذا
كان فى اعتدال الهواء ويندمل قبل التحلول ، فإذا كان لا يندمل وكان
يُنْقِصُ القيمة لم يجوز وهذا محمول على ما إذا كان العبد صغيراً ،
وأما إذا كان بالغاً فكذلك فى إطلاق كثيرين ، وصرح المتولى
والشيخ بأنه لا فرق ، وقال صاحب المذهب ومن تابعه ، يمنع من
ختان الكبير دون الصغير ، لخوف التلف ، وهذا نصه فى الأم والمختصر
ويؤيد أنهم عدوا عدم الختان فى الكبير ، عيباً ، دون الصغير .

وقوله : (ونفذ عَتَقُ مُوسِرٍ ، وإيلادُهُ ، بقيمة يوم فِعْلُهُ ،
لا مُعْسِرٍ إلا إن عَلَّقَ بمصادفٍ فَكَّهُ أو به أو عادت المستولدة)^(١) .

أى : إذا أَعْتَقَ الموسر الرقيق المرهون ، نَفَذَ عَتَقُهُ ، لقوته
وعدم إبطال حق الوثيقة لقدرته على الغرم ، وتصير القيمة رَهْنًا
بمجرد الغرم ولا يتوقف نفوذ عتق الموسر هنا على الغرم ، ولا يجرى

(١) فينفذ الاستيلاد ، وقارن الإعتاق بأنه قول يقتضى العتق فى الحال فإذا ردلغا ، والإيلاد فعل لا يمكن رده ،
وإنما يمنع حكمه حالا لحق الغير ، فإذا زال حق الغير ، ثبت حكمه ، وشرط بيع مستولدة الممسر ، أن يستغرقها الدين ،
ولا بيع منها بقدره فإن عاد نفذ فيه ، وأن تضع لأنها حامل بحر ، وأن ترضعه اللبن ، وأن توجد مرضعة غيرها ، / ف .

فيه الخلاف فيما تنفذ به السراية ، إلى نصيب الشريك ، لأن هذا يصادف ملكه ، وهنالك الملك لغيره ، وكذا ينفذ إيلاده ولا حق للمرتن في الولد ، بل يغرم قيمة الأم ، ويصير هنا كما في العين ، إذا أتلّفها ، وإنما يلزمه قيمتها يوم الوطاء ، وفي العتق يوم الإعتاق ، لأن ذلك يوم الإتلاف ، ولا ينفذ العتق والإيلاد من المعسر إلا أنه إذا علق المعسر عتق المرهون بصفة ثم وجدت الصفة بعد الانفكاك ، فإن العتق يقع إذ لا ضرر على المرتن في ذلك ، وكذلك إذا علقه بنفسه أفلّك بالعدم ضرر المرتن ، وإذا أحبلها المعسر فلا تباع حاملاً قطعاً لأنها حامل بحرٌ ، ولا بعد الولادة حتى تسقى ولدها اللبناً وتوجد مرضعة فحينئذ تباع ، ولا يبالي بالتفريق للضرورة لتعذر بيع الولد الحر وإن لم يستغرقها الدين بيع بعضها واستقر الإيلاد في الباقي ، وإن لم يوجد من يشتريه بيع الكل للضرورة ، فإن عادت إلى ملكه عاد الاستيلاد ، وإليه الإشارة بقوله : أو عادت المستولدة ، وقوله في الحاوى^(١) : وإعتاق الموسر ، وإيلاده بقيمة يومه : فيه أمران :

أحدهما : أنه سوى ، بين الفصد والإعتاق في عدم الامتناع والفصد جائز والإعتاق غير جائز ، ولكنه ينفذ لقوته ، فكان ينبغي أن يقول : ونفذ الإعتاق .

الثاني : قوله وإيلاده بقيمة يومه ، أي بقيمة يوم الإعتاق والإيلاد ، والأصح أن الاعتبار بقيمة يوم الإحبال .

(١) وفي ح « لافصد وحجامة وختان ولا إعتاق الموسر وإيلاده بقيمة يومه » .

وقد اعترض البارزى^(١) على المصنف فقال ونفذ كل واحد منهما بقيمة يوم الإعتاق ويوم الإيلاد على أحد الوجهين ، وهو مقتضى لفظ المصنف والثانى بقيمة يوم الإحبال ، وهو الأصح ، وتبعه صاحب البهجة ، وقال : قلت اختيار غيره ، - لأن الأمة هنا بيوم حبلت مقومة - ولم أر هذا الخلاف لغيرهما ، أما صاحب التعليقة^(٢) ، ففسر يوم الإيلاد بيوم الإحبال ، وليس بممتنع فلا اعتراض على المصنف .

وقوله : (وضمن معسر إن ماتت به ، كواطئ أمة غير بشبهة ، لا حل وزنا) .

أى : وضمن المعسر قيمة الأمة المرهونة التى قلنا لا ينفذ إحباله فيها إذا ماتت بالولادة ؛ لأنه متلف فيطالب بقيمتها إذا أيسر ، ويكون رهنا ، وكذلك من وطئ أمة الغير بشبهة ثم ماتت بإيلاده لأنه سبب إلى هلاكها ، فإن كان الوطء حلالا لم يضمن لأنه تلف بمأذون فيه وكذلك إذا كان زنا سواء كان بإكراه أم لا ؛ لأن الإحبال ضعيف وإنما ضمن الواطئ بالشبهة بالاستيلاء عليها حالة الوطء ، وامتداد مدة الحمل المنسوب إليه ، والحمل غير منسوب إلى الزانى فلم يبق الاستيلاء .

(١) البارزى هو هبة الله بن عبد الرحيم بن إبراهيم الشيخ شرف الدين بن البارزى الجهنى الحموى الشافعى المتوفى سنة ٧٣٨ ثمان وثلاثين وسبعمائة له عدة شروح على الحاوى منها « توضيح الحاوى » و « مفتاح الحاوى » وتيسير الفتاوى فى تحرير الحاوى . قال الإسئوى فى الطبقات كان إماماً راسخاً فى العلم . له المصنفات العديدة وصارت إليه الرحلة ٣٢٤/٢٠ البدر الطالع .

(٢) هو القاضى أبو الطيب الطبرى

وقوله : (ونفذ كل بإذن مرتين ، لا بشرط تعجيل حقه
أو رهن الثمن) .

أى : ونفذ من الراهن كل ما منع منه لحق المرتين ، إذا أذن
له المرتين فيه ، لأن المنع لأجله ، نعم إذا أذن له المرتين فى البيع
أو غيره وشرط عليه أن يعجل دَيْنَه المؤجل بطل الإذن لبطلان
الشرط ، إذ المؤجل لا يتعجل ، فإن قيل هلا صح البيع بالإذن
وإن فسد الشرط ، كما إذا وكله ببيع عبد على أن له عشرة من
ثمنه ، فإنه يفسد الشرط ويصح البيع للإذن ويستحق أجرة المثل ،
قلنا الفرق أن الفاسد هناك شرط الحبل للمأذون له ، وقد رجع
إلى أجرة المثل والموكل لم يشرط لنفسه شيئاً ، وأما هنا فالمرتتين
قد شرط لنفسه شيئاً فى مقابلة إذنه ، وهو تعجيل الحق ، فإذا
فسد ، فسد ما يقابله ، وهو الإذن ، ولا عوض عنه ، وكذا إذا
أذن بشرط جعل القيمة رهناً ، لأن القيمة غير موجودة وكأنه
شرط أن يرهنه شيئاً سيوجد ، فلم يصح .

وقوله : (وَرَجَعَ قَبْلَهُ وَقَبَلَ قَبْضَ هَبَةٍ وَرَهْنٍ) .

أى : وإذا أذن المرتين للراهن بالتصرف ببيع أو رهن أو نحوه
فإنه يجوز له الرجوع فى الإذن قبل العقد وفى الرهن والهبة قبل
القبض لأنهما لا يلزمان إلا به .

وقوله : (وَحَلَفَ مَنْ جَحَدَ رَجُوعاً ، وَقَبْضاً أَوْ بَيْعاً قَبْلَهُ ،
وَرَهْناً ، وَقَبْضاً وَهُوَ فى يَدِهِ ، وَإِذْناً فِيهِ ، أَوْ عَنْ جَهْتِهِ ، وَقَدَرَ

مَرَهُونٍ ، وَمَرَهُونٍ بِهِ ، كَهَبَةٍ ، وَمَرْتَهْنٌ كَذَبَ بِإِيلَادٍ مُعْسِرٍ وَبِحَقِّ
سَابِقٍ لِّغَيْرٍ ، أَقَرَّ بِهِ الرَّاهِنُ ، فَيَغْرُمُ ، لَا إِنْ رَدَّهَا الْمَرْتَهْنُ ، فَتَكَلَّ
الْمُقَرَّرُ لَهُ ، وَلَمْ يُقَرِّ تَحْلِيفٌ .

أى : فإذا أذن الراهن للمرتهن فى القبض فقبض ، أو المرتهن
للراهن فى البيع فباع ، ثم ادعى كل منهما الرجوع قبله فجحد
الآخر رجوعه من أصله صدق من جحد الرجوع وهو المرتهن فى الأولى
والراهن فى الثانية فلو حصل الاتفاق على الرجوع أيضاً ، لكن
المرتهن قال قبضت قبل أن ترجع وقال الراهن بعث قبل أن ترجع ،
حلف من جحد كونهما قبل الرجوع وهو الراهن فى الأولى ، والمرتهن
فى الثانية ، لأن الأصل عدم القبض والبيع ، وكذلك يحلف من
جحد أصل الرهن ، لأن الأصل عدمه ، ومن جحد القبض بعد
الرهن والإذن وهو الراهن ، وهذا إذا كان الرهن باقياً فى يده
وكذا إذا كان فى يد المرتهن ولم يتفقا على الإذن فى القبض ، بأن
قال الراهن غصبته ، أو اتفقا على الإذن فى القبض واختلفا فى جهته ،
فقال أذنت فى قبضه وديعة ، أو عارية ونحوها ، فيحلف الجاحد
للإذن فى القبض عن جهة الرهن أما إذا اتفقا على الإذن عن جهة
الرهن ، وادعى الراهن الرجوع قبله فقد بينا أن القول قول القابض
لأن الأصل عدم الرجوع ، وكذا يحلف من جحد قدر المرهون أو قدر
المرهون به ، فإذا قال رهنتنى العبد كله فقال : بل نصفه ، أو قال :
ارهنته بدينى كله ، فقال بل نصفه حلف من جحد القدر الزائد
لأن الأصل عدمه وجميع ما يصدق فيه الراهن مما تقدم يصدق فيه

الواهب ، وكذا لو وطئ أمته ثم رهنها فأتت بولد يمكن أن يكون من السيد فادعى إيلادها ، أو قال : كنت قد أعتقتها قبل الرهن فإن كان موسراً ، فالأصح أنه يؤخذ منه القيمة ويكون رهنًا مكانها ، وإن كان معسراً ، فالقول قول المرتهن فيحلف على نفي العلم ويستمر الرهن ، وإن أقر الراهن بأنه كان قد غصب المرهون أو باعه بأن ادعاه وجحد المرتهن ، فالقول قوله فيحلف ما علمت ذلك ويستمر الرهن وللمقر له مطالبة الراهن بقيمته ؛ لأنه حال بينه وبين ماله بالرهن ؛ فإن رد المرتهن اليمين فالأظهر أنها ترد على المدعى لا على الراهن ، فإن حلف استحق الغرم ، وإن نكل لم يستحق وانقطعت الخصومة ، وإن أقر الراهن على المرهون بجناية سابقة توجب المال لمن ادعى ذلك ، وأنكر المرتهن حلف على نفي العلم واستمر الرهن ، وإذا حلف فعلى الراهن الغرم لأنه حال بينه وبين ماله في الرهن ، وهو الأقل من الأرش والقيمة ، فإذا نكل فالأظهر ، أنها ترد على المجنى عليه لا على الراهن وإن حلف استحق ، وإن نكل فلا شيء له ، وانتهت الخصومة ، ومن أقر بمال أو رهن وإقباض ، ثم قال : أشهدت على رسم القبالة^(١) ، أو طالعت من جريدتي أو ظننت وكيلى ونحو ذلك ، من الأعذار فله تحليفه أنه أقر بذلك وهو يستحقه وكذا إذا لم يذكر تأويلاً على الأصح عند العراقيين ، لا المرازمة^(٢) ، وقال

(١) الرسم إسم للكتابة والقبالة بفتح أوله وثانيه اسم للورقة أى شهدت على الوثيقة المتضمنة للكتابة ، وطالعت من جريدتى أى صحيفتى / م .

(٢) المقصود بهم الخرسانيين الذين ينتمون إلى خرسان .

النووى : طريقة العراقيين أصح ووافقه ، وقوله فى الحاوى^(١) :
وحلف من جحد الرجوع والبيع قبله ، والرهن وقبضه ولو بإقراره
وعن جهته ورجوعه عن إذن القبض قبله فيه أمور :

أحدها : قوله وقبضه هذا إذا لم يتفقا على المرهون فى القبض ،
فإن اتفقا فالقول قول من هو فى يده كما اعترض به على صاحب
الحاوى ، والقونوى وابن النخوى ذكره فى العزيز والروضة .

الثانى : قوله : ولو بإقراره مقتضاه ، أن من جحد الرهن
والقبض كان القول قوله ، وإن كان قد أقرّ بذلك وليس كذلك
بل الذى فى العزيز والروضة وغيرهما ، أنه إذا أقر بذلك ، أخذناه
بإقراره ، نعم له تحليف المقر له ، كما بيناه أولا .

الثالث : قوله عن جهته هذا الاختلاف ، إنما هو فى الإذن ،
الذى قبض به كما فى العزيز والروضة ، فأما إذا اتفقا على الإذن
فى القبض عن الرهن ، ثم قال لم تقبضه عن الرهن كما أذنت لك
بل قبضته لغرض آخر ، فإن القول قول المرتهن ؛ لأنه أعرف بنيته .

وقوله : (وللمرتهن اليدُ وهى أمانةٌ) .

(١) وفى ح « ويحلف من جحد الرجوع والبيع قبله والرهن وقبضه وعن جهته ورجوعه عن إذن القبض قبله »
وبذلك ترى أن لفظ ولو بإقراره لم يأت فى كلامه ومنه فلا داعى للأمر الثانى الذى اعترض به على الحاوى وعبارة ولو بإقراره
وجدت بهامش إحدى النسخ وليست فى صلب كلام النسخة التى بأيدينا ، م .

أى : إذا لزم الرهن واستحق المرتهن اليد ، لأن التوثيق إنما يحصل بذلك ويده يد أمانة ، لا يسقط بتلف الرهن شئ من الدين ، ولا يضمنه إلا بتعدى ، فإن برئ من الدين بقى أمانة ، ما لم يتعد ، أو يمنع الراهن منه .

وقوله : (فإن جعله مبيعاً أو عارية ، بعد شهر ، ضمن بعده ، وفاسد كل عقد كصحيحه ، أمانة وضماناً غالباً) .

أى : اعلم أننا قد بينا أن الرهن أمانة ، فى يد المرتهن ، فإذا ارتهنته على أن يكون بعد مضى الشهر مبيعاً أو عارية ، فإنه يكون قبل مضى الشهر أمانة ؛ لأنه رهن فاسد وبعد الشهر مضمونا ؛ لأنه يصير فى بيع فاسد أو عارية صحيحة ، وللفساد من العقود ما للصحيح فيها من ضمان وأمانة واستثنى من ذلك الشركة ، فإنه عمل الشريك فى صحيحها لا يضمن ، وفى فاسدها يضمن بأجرة المثل ، وكذلك العين فى الهبة الفاسدة ، فإنها إذا صحت من ضمان المتهب وإن فسدت لم يضمن ، وكذلك الجزية إن عقدها الإمام صحت وضمنت ، وإن عقدها غيره فاسدة ولم يضمن ، وكذلك إذا قارضه على أن الربح كله للمالك فإنها فاسدة ، وعمل العامل ضائع على الأصح بخلاف الصحيحة وإلى هذه المسائل أشار بقوله غالباً .

وقوله : (وَنَزَعَ وَقْتَ انْتِفَاعٍ تَعَذَّرَ مَعَهَا) .

أى : واليد للمرتهن لكن الانتفاع للراهن ، فإن كان يمكن مع بقاء اليد بأن أراد اكتساب العبد مثلاً لم ينزع ، وإن أراد استخدامه

أزيلت يده مدة الاستخدام ، ولا يمكن من الجارية إلا إذا كان محرماً ،
أو أميناً له أهل^(١) .

وقوله : (وأشهد متهم) .

أى : إذا أخذه الراهن للانتفاع فإن كان غير متهم بأن كان
موثقاً به عند الناس ، مشهور العدالة لم يكلف الإشهاد فى كل انتزاع
على الأصح ، والمتهم يكلف الإشهاد بأنه مرهون يأخذه للانتفاع به ويرده ،
وقوله فى الحاوى^(٢) : لا ظاهر العدالة أراد مشهور العدالة ولم يرد من ظاهره
العدالة ، والفرق بينهما ظاهر .

وقوله : (ولهُ طَلَبُ بَيْعِهِ ، أَوْ دَيْنِهِ إِنْ حَلَّ ، وَقُدِّمَ بِشَمْنِهِ وَيُجْبَرُ ،
فَإِنْ أَصَرَ بَاعَ قَاضٍ) .

أى : وللمرتهن طلب بيع الرهن ، عند الحلول أو قضاء دينه ،
ويقدم بشمن المرهون على سائر الغرماء وإن امتنع الراهن من البيع وقضاء
الدين ، أجبره الحاكم على أحدهما ، فإن أصر على الامتناع باع
الحاكم ولا يبيعه الراهن إلا بإذن المرتهن ، فإن امتنع المرتهن بالإذن
قال له الحاكم ، إما أن تأذن أو تبرئه من حقك ، وتجبره على ذلك .

وقوله : (ولا تصرف لمرتهن ، ووطؤه ولو بإذن زناً ، وبطن حل
شبهة ، توجب مهراً وقيمة ولد) .

(١) وكان عنده عدد من النسوة يؤمن غشيانها معهن كأن كن أخوة أو بنات له : وإلا وضعت عند عدل أمين أو عند

نسوة كذلك يؤمن غشيانها كما تقدم / م .

(٢) وفى ح « ويشهد لا ظاهر العدالة » .

أى ليس للمرتهن إلا حق الوثيقة فقط ، فلا تصرف له فى الرهن ثم إن وطئ المرهونة فوطؤه زنا ولو أذن له الراهن فيه ، وَعَلِمَ التحريم ، ويلزمه به الحَدُّ لا المهر ، هذا إذا كانت عاتمة مطاوعة ، فإن أكرهها لزمه الحَدُّ والمهر ، وإن ادعى ظن الحل بالرهن نظرت فإن ادعاه بغير إذن فى الوطء لم يسقط عنه الحد إلا إذا كان قريب عهد بالإسلام ، أو نشأ فى بادية بعيدة عن المسلمين ، وإن ادعى الجهل بالتحريم مع إذن الراهن فى الوطء صدق بيمينه ، لأن ذلك قد خفى على عطاء فكيف العوام ، فيكون شبهة تسقط الحد وتوجب المهر ويلحق به النسب وتوجب قيمة الولد .

وقوله : (فَإِنْ فَسَقَ مَنْ ائْتَمَنَاهُ أَوْ ازْدَادَ فَلَكَ طَلَبُ عَزْلِهِ) .

أى : إذا ائتمنا ثالثا باتفاقهما جاز سواء كان عدلا أم لا ، ولم يكن لأحدهما أن يطلب عزله ، إلا إذا تغير حاله بفسق إن كان عدلا ، أو بزيادة فى الفسق إن كان فاسقا ، ويلحق بذلك ما إذا أحدث بينه وبين أحدهما عداوة .

وقوله : (فَإِنْ رَدَّ لأَحَدَهُمَا ضَمَنَ) .

أى : فإن رد المؤتمن المرهون ، إلى أحدهما ضمن ، ويسترد منه إن كان باقيا وإن تلف وقد سلمه إلى الراهن ، فللمرتهن أن يطالب العدل والراهن بقيمته كلها ، ليكون رهنا ، والقرار على الراهن .

وقوله : (وهو وكيل للراهن ، ويبيع بإذنها الأول) .

أى : إذا أذن المرتهن والراهن للعدل أن يبيع الرهن عند المحل ،
وشرطاً ذلك جاز للعدل أن يبيع الرهن عند المحل على الأصح ، ويكفيه
الإذن الأول ، وقال العراقيون ، لا بد من تجديد الإذن من المرتهن ؛
لأنه ربما كان غرضه ، الإبراء أو المهلة ، ولا يلزم بيع المرهون وقال
الإمام : لا يشترط إذن المرتهن ثم العدل وكيل للراهن ، إذا عزله انعزل ،
ولا ينعزل بعزل المرتهن ، لكن إذا منعه من البيع افتقر إلى إذنه ،
ولم يشترط تجديد إذن من الراهن ، ثم الثمن في يد العدل ، من
ضمان الراهن ، إلى أن يسلمه المرتهن ؛ لأنه ملك الراهن في يد أمينة ،
وإن خرج الثمن مستحقاً رجع بيد له عليها والقرار على الراهن ،
إلا إذا باع العدل بإذن الحاكم فإنه لا يكون طريقاً للضمان ، لأنه
نائب الحاكم .

وقوله : (وعلى راهنه مؤنه)

أى : يجب على الراهن مؤن الرهن التى بها بقاؤه ، كالنفقة
والعلف ، وكسوة العبد والسقى والجذاذ فى الثمار ، وأجرة الاصطبل
والبيت الذى للحفظ إن لم يتبرع به المرتهن أو العدل .

وقوله : (ثم بدله إن أتلف رهن ، لا أن كذب به المرتهن
فإن كذب الراهن وقضى رد للمقر) .

أى : وبديل المرهون ، إذا تلف يصير رهنا وهو فى ذمة المتلف
وإن كان الدين لا يجوز أن يكون رهنا ، لأنه يحتمل فى الدوام
ما لا يحتمل فى الابتداء ، وهو إذا صدق المرتهن الجانى فى إتلافه

فإن كذبه لم يحكم بكونه مرهونا ولو صدقه الراهن ، وإن كذبه الراهن فللمرتهن الاستيفاء من البدل إن صدق فإن وفاه الراهن من ماله فعليه أن يرد للمقر ما أخذه ولو لم يفه ، ولكنه أخذه ، من المقر وسلمه إلى المرتهن ، لم يكن للمقر الرجوع عليه ، لأنه معترف بأن لا حق له عنده .

وقوله : (وينفك بفسخ مرتهن ، وفراغ ذمته ، وبيع وتلف وقبل بحق) .

أى : الأشياء التى ينفك بها الرهن بعد لزومه هى نحو ما أشار إليه ، فإذا فسخ المرتهن الرهن أنفك ، لأنه جائز من جهته ، وإنما يلزم من جهة الراهن ، وينفك إذا فرغت ذمة الراهن من الدين ، بقضاء أو حوالة أو إبراء ، ونحوه ، وينفك إذا بيع المرهون كما مر ، وينفك إذا تلف بآفة سماوية ، وينفك إذا جنى جناية توجب قتله فقتل فيكون كتالف بالآفة السماوية ، وقد ينفك ثم يعود رهنا بأن يعتاض عن دينه عينا ، ثم يفسخ عقد الاعتياض بتلفها قبل القبض ونحوه ، فإنه يرجع رهنا للرجوع الدين .

وقوله : (وللسيد قصاص وعفو ، لا أرض إلا لموجب ، كأن قتل عبده^(١) ، وقدر هنا بدينين ، لاثنين أو لواحد ، واختلف أجل ، أو زادت قيمة القتال ، وأفاد النقل أو لم تزد ، ورهن بأقل) .

(١) عبده المرهون عنده الآخر المرهون وهذا مثال لموجب الأرض لأنه قد تعلق حق مرتهن القتل بركة القتال فيباع منه بقدر قيمة المقتول ويجعل الثمن رهناً مكان المقتول ، / ف .

أى : يثبت للسيد القصاص على عبده ، إذا جنى عليه أو على من يرثه أو على عبده الآخر ، ويبطل الرهن ، ويجوز أن يعفو ولا يثبت له أرش على عبده ، وإن عفا على مال أو جنى جناية توجب المال ، وقيل يجب ويستفيد به فكّه من الرهن ، وهو ضعيف ، نعم يجب له الأرش ، حيث عرض ، ولا يجوز للسيد العفو عنه ، وكذلك إذا كان له عبدان ، مرهونان بدينين للرجل فإنه يجب أرش عبده القَتِيل في رِقبة القاتل ، يتعلق به مرتهن القَتِيل ، ويبطل به حق مرتهن القاتل ، وكذلك إذا كان الدينان لرجل واحد ، وأحدهما مؤجل سنة والآخر مؤجل شهراً ، أو حال ، فإنه يجب الأرش للسيد ليتعلق به حق المرتهن ، لأنه له غرضاً في الاستيفاء في الحال ، إن كان ما رهن به القَتِيل حالا ، وفي الاستيثاق للمؤجل فيطالبه بالحال إن كان ما رهن به القَتِيل مؤجلاً ، فإن استوت قيمة العبدین وصفة الدَّيْنَيْنِ في الحلول . وقدرهما ، فهو كما لو كانا مرهونين معه بدين واحد يهدر القَتِيل وتبطل فيه الوثيقة لأنه لا فائدة في النقل وإن اختلف^(١) ، قيمة العبدین ، نظرت ، فإن زادت قيمة القاتل بيع منه بقدر قيمة المقتول ، وصارت القيمة رهناً بالحق الذي كان مرهوناً به المقتول إن استوى الدَّيْنان ، أو كان الدين الذي رهن به المقتول أكثر فإن كان أقل مما رهن به القاتل ، نظرت ، فإن كان في النقل فائدة كما إذا كانت قيمة المقتول مائة ، وهو مرهون بعشرة وقيمة القاتل مائتين وهو مرهون بعشرين ، فإنه

(١) الأول وإن اختلفت قيمة ، م / .

يباع منه بقدر قيمة المقتول ، وهى مائة ، وتصير رهونة
 بعشرة وتبقى مائة رهونة بالعشرين ، فإن لم تكن فائدة كما إذا
 كان القاتل فى هذه الصورة رهوناً بمائتين ، وإن لم تزد قيمة القاتل ،
 إما بأن استوت القيمتان ، أو قيمة القتيل أكثر ، نظرت ، فإن كان
 القتيل رهوناً بأكثر الدينين بيع القاتل فى الجناية ، وصارت
 قيمته رهونة بما رهن به القتيل وفائدته الرهن بأكثر وإن كان
 القتيل رهوناً بأقل الدينين وقيمته أكثر أو مساوية ، فالجناية
 هدر ، لعدم الفائدة ، فى النقل ؛ لأننا إذا بعنا العبد ، وقيمة المجنى
 عليه تستغرق قيمة القاتل ، ويبقى رهوناً بأقل الدينين فلا فائدة
 فى ذلك ، فالجناية تهدر ، فى ثلاث صور ، هاتين الصورتين ،
 والصورة المتقدمة فيما إذا استوى الدينان فى الصفات ، واستوت
 قيمة العبدَيْن ، ويوجب الأرش فى الخمس فى الصور السابقة على
 هاتين ، الصورتين ، وحيث قلنا بالنقل فالأصح أنه يباع الجانى ،
 أو يباع قدر الجناية ويصير الثمن رهنا ، فإن لم يجد من يشتري
 البعض . أو نقص بالتشقيص بيع الجميع وتعلق كل بما يخصه ،
 وقوله فى الحاوى : وللسيد القصاص أو العفو والأرش ليرهن بدل
 القتيل المرهون حيث عرض ، كأن اختلف المرتهnan والدينان حُلُولاً
 أو تأجيلاً أو قدرا والقتيل مرهون بأكثرهما : فيه أمور :

أحدها : قوله والأرش بعد قوله وللسيد القصاص والعفو
 مقتضاه ، أنه يخير فى الجمع وليس كذلك ، بل الأرش واجب
 لا يجوز له إسقاطه لتعلق المرتهن به .

الثانى : أنه لم يذكر ما إذا استوى الدينان وقيمة العبدین مختلفة
فالحكم فى ذلك أن الأرض إلا إذا كان القتال أكثر قيمة .

الثالث : أن قوله أو قدرأ والقتيل رهن بأكثرهما مقتضاه
أنه متى اختلف قدر الدينين والقتيل مرهون بأقل الدينين ، أنه
يهدر الجناية مطلقا وليس كذلك ، بل قد ذكر الأصحاب أنه
إذا كانت قيمة القتال أكثر ، أنه يباع منه بقدر قيمة المقتول
أو يصير رهناً مكان المقتول فيصير بعض القتال مرهوناً بما على
القتيل وبعضه مرهوناً على القتال ، وهذا إذا كان هناك فائدة كما
مثلنا فيما إذا كان قيمة المقتول مائة ورهن بعشرة وقيمة القتال مائتين
ورهن بعشرين نقل ، فإن لم تكن فائدة كما إذا كان القتال فى هذه
الصورة مرهوناً بمائتين ، وقد بينا أنه لا ينقل ، لأنه يصير مائة
مرهونة بعشرة ، ومائة مرهونة بمائة ، فلا فائدة فى ذلك ، وقد
أطلق فى الروضة أيضاً أنه إذا كان قيمة القتيل أقل ومرهون بأقل
الدينين أنه لا ينقل ، إذ لا فائدة وفيه الفائدة فى حال دون حال
كما ترى .

وقوله : (وَإِنَّمَا يَنْفَكُ بَعْضُ ، بتعددٍ غريمٍ ، ومديونٍ ،
ووارثٍ تركةٍ ، غيرِ مرهونةٍ ^(١)) وبتعددٍ عقدٍ ومُعِيرٍ بقصدٍ) .

(١) رهناً جلياً ، فإذا أذى أحد الورثة حصته منها بقضاء نصيبه من هذا الدين ، مثلاً المتعلق بها ، انفك نصيبه
منها ، لأن تعلق الدين بالتركة كتملق الرهن ، فكان الراهن متعدد وفيه إشكال وجواب ، ذكرتها فى الأصل ، أما المرهونة
رهناً جلياً ، بأن رهنها المورث فلا ينفك شيء منها بأداء بعض الورثة ، لأنهم خلفاؤه ، وهو متحد بقياسه أنه لو مات
المزتهن عن ورثة ، متوفى الراهن أحدهم نصيبه ، لم ينفك من الرهن شيء ، وبحث ابن الرقمة الانفكاك أطال السبكي فى رده / ف

أى : إذا لزم الرهن فقضى بعض الدين لم ينفك شئ من الرهن ، بل لو بقى درهم كان الكل مرهوناً به إلا إن تعدد الغريم كما إذا رهن عبده من غريميه فى صفقة ، فقضى أحدهما دينه انفك نصيبه ، وكذا إذا تعدد المديون ، كما إذا رهنه عبديهما صفقة كل بما عليه فقضى أحدهما دينه انفك نصيبه أيضاً ، سواء قصد فك رهنه أم لم يقصد شيئاً ، وكذا إذا تعدد وارث الشركة غير المرهونة وقلنا بالأصح ، إن الدين لا يمنع الإرث ، فإذا أدى بعض الورثة ما يخص نصيبه من الدين انفك نصيبه منها على الأصح ، بخلاف ما إذا كان المورث قد رهنها فإنه ليس لبعضهم أن يُفدى حصته على الأصح ، أما إذا رهن الورثة قبل القسمة ، فالملاك متعددون قبل الرهن فلكل فك نصيبه ، وكذلك ينفك البعض إذا تعدد العقد ، كما إذا رهن نصف عبده بعشرة ثم النصف الآخر بعشرة فى صفقة أخرى والمرتهن واحد فإنه يقع على المرهون فى أحد الصفقتين إذا قصده ، وأما إذا قصد الشيوخ فلا وإن أطلق قصد ما شاء ، وكذلك إذا تعدد المُعير فإن استعاره من اثنين عبداً مشتركاً ليرهنه بدينين ، فأدى نصيب أحدهما فإن كان قصد أدائه من نصيب أحدهما انفك ، إلا إن قصد الشيوخ ، فإن لم يقصد قصد^(١) بعد ذلك ما شاء ، فإن مات فالوارث ، وإن فقد جعل بينهما ، وقوله فى الحاوى^(٢) : وإنما ينفك البعض بتعدد

(١) جواب الشرط فى (فإن لم يقصد) أى فإن لم يقصد شيئاً وأطلق قصد بعد ذلك ما شاء من أدائه عن نصيب أحدهما فينفك الرهن أو يقصد الشيوخ فلا ينفك الرهن .

(٢) وفى ح « وإنما ينفك البعض بتعدد العقد أو المستحق أو من عليه أو مالك العارية » .

العقد : ثم قال بعد ذلك : أو مالك العارية : وألحقه بما إذا تعدد
الغريم والمديون والوارث ، وليس كذلك على الإطلاق ، بل ينفك
البعض في واحد منهما ، إلا إذا قصد الأداء عن حصته ، كما هو
المعروف .

وقوله : (ولو أذن للمرتن لم يبيع إلا بحضوره ، فإن قال
بِعه لى أو لك أو بعه واستوف الثمن لك أولى ثم لك ، فسد ما
للمرتن) .

أى : اعلم أن الراهن إذا أذن للمرتن فى بيع الرهن ، لم يكن
له بئعه إلا بحضور الراهن على الأصح لأنه متهم فى تعجيل البيع ،
فإذا قال : الراهن للمرتن بعه لى واستوف الثمن لنفسك صح البيع ،
ولم يصح الاستيفاء ، فإن استوفاه صار مضموناً عليه ، وإن قال بعه
لك واستوف الثمن لنفسك بطل البئع ؛ لأنه لا يمكن بئع مال غيره
لنفسه ، وإن قال : بعه واستوف الثمن لنفسك ، فهو كما قال :
بِعه لى واستوف الثمن لنفسك : وإن قال بعه لى واستوف الثمن لى
ثم لنفسك صح البيع والاستيفاء للراهن ، ولم يصح الاستيفاء
للمرتن بالاتحاد والقبض والمقبض ، ثم هو قبل أن يستوفيه
لنفسه أمانة فى يده ، فإذا استوفاه لنفسه بكيلى ثان أو وزن جديد
صار مضموناً لا إن استدأى القبض ، وإن نوى به نفسه ، واعلم أن
كل ما فعله المرتن بإذن الراهن من هذه المسائل صحيح وما فعله
لنفسه بإذن الراهن ، فهو فاسد ، وهو معنى قوله : فسد للمرتن .

وقوله : (وإن ادعى ارتهان عبديهما ، بمائة ، فصدقه واحد ، فنصيبه رهنٌ بخمسين وتقبل شهادته على المكذب ، فإن أنكر كل حصته ، وشهد على الآخر قُبِلَتْ) .

أى : إذا كان له على رجلين مائة نصفين مثلا ، ولهما عبد ، فادعى أنهما رهناه العبد بدينه عليهما ، فإن أنكر فالقول قولهما وإن صدقه أحدهما ، فنصيبه رهن بخمسين ، فإن شهد له على الآخر قبلت شهادته على الآخر ، لأنه غير متهم وكُمِلَتُ البينة بشاهد آخر ، أو بيمينه ، وإن أنكر كل منهما وقال لم يرهن ، إلا صاحبي وشهد له عليه قبلت شهادته ، ولا يُعَدُّ اعتقاده كذبهما قادحا فى شهادتهما له ، لأنه احتمال التأويل بالنسيان ، أو بأن لهما عذر فى التسليم الآن فكذباه ، والكذبَةُ الواحدة لا تقدح فى الشهادة ، وأما لو قال : كل ما رهنك منا أحد ثم شهدا له لم تسمع شهادتهما .

وقوله : (وإن ادعى ، أنه رهنهما عبده ، فصدّق واحد ، ثبت له النصف وشهد للمكذب حيث لا شركة) .

أى : ادعى رجلان على رجل ، أنك رهنتنا عبدك ، بمائة مثلا ، فصدّق فنصف العبد مرهون منه ، بخمسين ، فللمصدق أن يشهد للمكذب ، إذا لم يكن شريكاً له على الأصح ، فإن كان المال مُشاعاً بينهما لم تقبل للثمة .

التفليس

وقوله : (باب^(١)) : المفلس من زاد دينه الحال على ماله^(٢) ، يحجر عليه بطلبه أو غريم أو لنحو طفل) .

أى : إذا زاد دَيْنُهُ الحال على مال المديون . صار مفلساً ، إذ المفلس عند الفقهاء من لا مال له يفي دينه ، ولو لم يكن له مال أصلاً ، أو كان ولكن لم يزد عليه الدين لم يحجر عليه ؛ لعدم الحاجة ، ويلزم القاضى الحجر على المفلس إذا طلب منه المفلس أن يحجر عليه ؛ لأن له غرضاً فى الحجر على نفسه ؛ ليعلم حاله ، وَيُقَسَّمُ ماله فى غرمائه ، وإذا ثبت الفلاس ، وسأل الحجر^(٣) بقبض الغرماء فإن كان دينه قدراً يُحجر له أجيب ، وكذا دونه على الأصح ، فإن كان الدين الموجب للحجر لطفل أو مجنون أو مسجد أو جهة عامة كالفقراء والمسلمين فيمن مات وورثه المسلمون وله مال على المفلس فإن الحاكم يحجر به من غير طلب .

وقوله : (من تصرف يُفَوِّتُ ماله حياً)^(٤)

(١) فى التفليس وهو لغة مصدر فلسه أى نسبة للإفلاس الذى هو مصدر أفلس أى صار فى حالة ليس معه فيها فلس وشرعاً جعل الحاكم المديون مفلساً بمنعه من التصرف فى ماله بشرطه الآتى / ف وقيل معناه لغة من صار ماله فلوساً / م .
(٢) أى العيى المتمكن من الأداء منه فلا تعتبر المنفعة ونحو منسوب وغائب / ف
(٣) والأصل فى ذلك ما رواه الدارقطنى والحاكم وقال صحيح الإسناد عن كعب بن مالك « أنه صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ فى ماله وباعه فى دين كان عليه » وفى النهاية أنه كان بسؤال الغرماء ، ص ٢٤٤ - ٥ نيل الأوطار .
(٤) أى الإنشاء مبتدئاً كبيع وإعتاق منجز ورهن وكذا إبراء من مؤجل على المعتمد وشراء بعين ولو بإذن الغرماء أو منهم لمتعلق حقهم العيى ، ف أى لمتعلق حقهم بالعين كالرهن ، نعم يصح شراؤه بما يدفعه له الحاكم من نفقة .

أى : يحجر عليه من التصرف الذى يفوت ماله فى الحياة ،
فلا حجر فيما لا يفوت مالا أصلاً كالطلاق والقصاص والعفو عنه ،
وفى ما لا يفوته بعد الموت كالتدبير والوصية ويصح نكاحه ، ولا يحجر
عليه من التصرف المحصل للمال كالاختطاب والاكتساب ، وقوله
فى الحاوى^(١) : من تصرف مالى . مفوت : لم يتعرض لاشتراط التفويت
فى الحياة ، فليُحْمَلْ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ ذَلِكَ .

وقوله : (وَصَحَّ فى ذمة ولو حالاً بغبن) .

أى : وصح التصرف من المفلس فى الذمة ، فإن اشترى فى ذمته
أو باع سَلَمًا صح تصرفه ، سواء اشترى حالاً أو مؤجلاً ، وسواء عين
أم لا ، ثم هل لمعامله الخيار فيه ؟ أوجه ، أصحها أنه إن جهل ثبت
له الخيار ، لا المضاربة مع الغرماء .

وقوله : (وَيُرَدُّ بِخِيَارٍ بَعِيْبٍ إِلَّا لَغَبْطَةٍ) .

أى : إذا باع قبل الحجر بشرط الخيار ، فله أن يفسخ البيع
وإن كانت الغبطة فى إمضائه ، وإن وجد عيباً فيما كان قد اشتراه
فليس له رده إلا إن كان فى الرد غبطة ، والفرق أَنَّ الملك فى مدة
الخيار لم يستقر .

وقوله : (وَلَا يَعْفُو عَنْ أَرْشِهِ)^(٢) .

(١) ح « حجر من تصرف مالى مفوت لاقى الذمة ولو بحال عبثاً كإقرار بدين معاملة » .

(٢) أى العيب القديم لحوث عيب عنده لأنه تفويت / ف .

أى : إذا اشترى مَعِيْبًا وتَعَذَّر رُدُّه لَعِيْب حَادِثٍ وَبَذَلَ الْبَائِعُ الْأَرْضَ لَمْ يَجْزُ لِلْمُفْلِسِ أَنْ يَغْفِرَ عَنْهُ لِتَعْلُقِ حَقَّ الْغَرْمَاءِ ، فَلِيَحْمِلَ قَوْلَهُ فِي الْحَاوِي : وَإِنْ مَنَعَهُ عَيْبٌ حَادِثٌ ، لَزِمَ الْأَرْضَ عَلَى ذَلِكَ : وَلَا يُقَالُ يَلْزِمُ حَتَّى لَا يَبْقَى لِلْبَائِعِ خِيَارٌ إِذَا حَصَلَ تَرَاضٌ وَإِنْ كَانَ اللَّفْظُ يَقْتَضِيهِ .

وقوله : (وَنَفَذَ إِقْرَارُهُ ، لَا بِدَيْنٍ عَقْدٍ لَاحِقٍ فِي حَقِّ غَرِيمٍ) .

أى : إقرار المفلس بما لا يضر الغرماء نافذ صحيح وكذا إن كان مضراً بالغرماء على الأظهر ، ولا يستثنى من ذلك إلا إقراره بدَيْنٍ مُعَامَلَةٍ لَحِقَتْ كَمَا إِذَا قَالَ اشْتَرَيْتَ مِنْهُ بَعْدَ الْحَجَرِ فَإِنْ الْإِقْرَارُ لَا يَقْبَلُ فِي حَقِّ الْغَرْمَاءِ ، وَأَمَّا الْعَيْنُ إِذَا أَقْرَبَهَا لِشَخْصٍ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا مُطْلَقًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَقْرَبَ بِجَنَائَةٍ ، أَوْ إِتْلَافٍ بَعْدَ الْحَجَرِ فَإِنَّهُ يَقْبَلُ فِي حَقِّ الْغَرْمَاءِ عَلَى الْمَذْهَبِ .

وقوله : (وَلَا يَخْلِفُ غَرِيمٌ ، إِنْ نَكَلَ مُفْلِسٌ ، وَوَارِثٌ ، وَلَا يَدَّعِي وَلَا يَقْبَلُ وَصِيَّةً) .

أى : إذا ادعى المفلس أو وارثه دَيْنًا ، فَرَدَّتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فَتَنْكَلُ أَوْ أَقَامَ شَاهِدًا فَتَنْكَلُ عَنِ الْيَمِينِ لَمْ يَخْلَفِ الْغَرْمَاءُ ، وَكَذَلِكَ لَا يَثْبُتُونَ الدَّعْوَى إِنْ تَرَكَهَا الْمَفْلِسُ وَنَحْوَهُ ، وَلَا يَقْبَلُونَ الْوَصِيَّةَ إِنْ لَمْ يَقْبَلْهَا هُوَ أَوْ وَارِثُهُ عَلَى الْأَصَحِّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ .

وقوله : (وَبَاعَ الْقَاضِي مَا ثَبَتَ لَهُ سَرِيعًا بِحُضُورِهِ ، كَمُتَّنَعٍ عَنْ حَقٍّ ، وَلَهُ إِكْرَاهٌ مُمْتَنَعٌ) .

أى : لا حَبْس على المفلس بل يبادر القاضى أن يبيع ماله لغرمائه
لكن لا يبيعه حتى يثبت أنه ملكه ، لأن بيع القاضى حكم بالملك ،
ولا يكفى قول المفلس إنه ملكى ، ولا يفرط فى الإسراع بالبيع
ليستقصى على الثمن ، ويستحب أن يبيع بحضوره ، أو حضور وكيله ؛
لأنه أطيب لقلبه ، وكذلك الممتنع امتثال أمر القاضى فى بيع ماله
لقضاء الدين ، لكن القاضى مخير فى هذا إن شاء باع ماله وإن شاء
أكرهه على بيعه ، وقوله فى الحاوى : والقاضى يبيع ماله ومال المديون
الممتنع : فيه أمران :

أحدهما : أنه لم يشترط لبيع لقاضى الإثبات بما تحت يد المفلس
أنه ملكه ، وذلك لا بد منه كما نقله ابن الرُّفْعَة عن الماوردى ،
والقاضى حسين ، واستدركه ابن النحوى ، عن صاحب الحاوى
ونقله المتأخرون .

الثانى : قوله ومال المديون الممتنع فقصر الحكم على أنه يبيعه
كالمفلس ، والقاضى مخير بين أن يكره الممتنع على البيع وبين أن
يبيع عليه ، كما نقله فى الروضة عن الأصحاب

وقوله : وقسطه^(١) فيمن حلّ دينه ، وإن لم يثبت حصرهم

(١) أى قسم الثمن على الغرماء ثلاثا يطول زمن الحجر ولا يفرط فى الاستعجال لثلاثا يطمع فيه بضمن بخس ويقدم فى البيع
ما يخاف فسادة ثلاثا يضيع ثم الحيوان لحاجته للنفقة وكونه عرضة للهلاك ثم المنقول ثم المقار / م .

أى : ويقسُطُ ما يحصل من الأثمان على الديون ، الحالة^(١) التى أثبت بها ، ولا يكلفون الإثبات ، بالحصص ، وفى وجه يكلفون ، وصورة الحصص أن يقول الشهود ، لا نعلم غريماً سواهم ، والمذهب أنهم لا يكلفون ذلك ، وإن كلفناه الورثة ، والفرق ، أن الموجود قد علمنا استحقاقه ، وشككنا فى مزاحم يخرج عن كونه مستحقاً لهذا القدر ، فى الذمة ، ثم الغريم قد يبرىء ، ويعرض الورثة ، ما يخالفه فى جميع ذلك ، لأننا لا نعلم استحقاقه لكل ذلك مع شكنا فىمن يزاحمه ؛ ولأن إعراضه وإبراءه ، لا يبيحه لمن حضر وأخذ .

وقوله : (ورجع بحصة دين ظهر ، وبكل إن استحق مبيع القاضى) .

أى : إذا قسم الموجود بين^(٢) الغرماء الموجودين ثم ظهر غريم ، لم ينقض^(٣) القسمة ، بل يرجع على الغرماء بالحصصة ، فإن كان لرجلين مائة مائة ، وحصل بكل واحد خمسون ، ثم ظهر غريم له مائة ، استرد من كل ثلث ما أخذ ، نعم لو خرج ما باع القاضى من مال المفلس مُستحقاً فإنه يرجع بالكل ، لئلا يرغب الناس عن شراء مال المفلس ، فكان تقديمه من مصالح الحجر ، كأجرة الكيال ونحوه .

(١) أما المؤجلة فلا حجر بها مستقلة ولا تحسب من الدين المقابل بالمال ، ولا يطالب صاحبه ولا يشارك عند القسمة على الغرماء فإن حل قبل القسمة شارك صاحبه الغرماء كما فى شرح الروض / م .

(٢) كما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم فى دين معاذ لما قسمه بين الغرماء فأصابهم خمسة أسباع حقوقهم « وقال لهم النبى صلى الله عليه وسلم . ليس لكم إلا ذلك » يعنى الآن . حيث كان الموجود ما قسم / م .

(٣) وقيل تنقض القسمة قاله النووى فى المنهاج فيسترد القاضى منهم ما أخذه ويستأنف القسمة / م .

وقوله : (وَأَنْفَقَ مَدَّةَ حَجَرٍ عَلَيْهِ ، وَمَثُونَهُ ، وَكَسَاهُمْ ، لَا زَوْجَةَ حَدَّثَتْ ، بِعُرْفٍ مِنْ غَيْرِ مَرْهُونٍ ، لَا وَلَهُ كَسْبٌ لَائِقٌ ، وَإِنْ فُكَّ ، لَمْ يَتْرُكْ إِلَّا قَوْتَ يَوْمٍ وَسُكْنَاهُ ، وَدَسْتُ ثَوْبٍ لَائِقٍ) .

أى : وَأَنْفَقَ الْقَاضِي عَلَى الْمُفْلِسِ وَعَلَى مِنْ عَلَيْهِ مَوْنَتُهُ مِنْ زَوْجَةٍ وَقَرِيبِ مَدَّةِ الْحَجَرِ مِنْ مَالِهِ ، إِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ كَالْمَرْهُونِ وَالْجَانِيِ وَالْمَحْبُوسِ بِالثَّمَنِ لَمْ يَنْفَقْ عَلَيْهِمْ مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنِ الْإِنْفَاقُ أَقْلَ مَا يَكْفِيهِمْ فِي الْعُرْفِ ، وَإِنَّمَا يَصْرِفُ عَلَيْهِمْ مِنْ مَالِهِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ لَائِقٌ يَقُومُ بِهِمْ ، وَلَا يَنْفَقُ عَلَى زَوْجَةٍ نَكَحَهَا بَعْدَ الْحَجَرِ مِنْ مَالِهِ ، وَإِذَا انْفَكَّ ، لَمْ يَتْرُكْ مِنْ مَالِهِ إِلَّا قَوْتَ يَوْمِهِ ، وَلِكُلِّ مِنَ الْمُفْلِسِ يَمُونُهُ وَسُكْنَى يَوْمٍ ، وَيَتْرُكُ لِكُلِّ مِنْهُمْ دَسْتُ^(١) ثَوْبٍ ، لَائِقٌ بِحَالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا اشْتَرَاهُ لَهُمْ ، مِنْ مَالِهِ ، فَيَتْرُكُ لَهُ مَا يَلِيقُ بِمَالِهِ ، مِنْ قَمِيصٍ وَسَرَاوِيلٍ ، وَإِنْ كَانَ فِي الشِّتَاءِ أَزْدَادَ جَبَةِ ، وَيَتْرُكُ لَهُ الْعِمَامَةَ وَالطَّيْلِسَانَ^(٢) وَالْحُقَّ وَذِرَاعَةً يَلْبِسُهَا فَوْقَ الْقَمِيصِ ، إِنْ لَاقَ بِهِ ذَلِكَ ، فَإِنْ تَعَوَّدَ لِبَسَ مَا لَا يَلِيقُ رُدَّ إِلَى اللَّائِقِ إِنْ أُسْرِفَ ، لَا إِنْ قَتَّرَ ، وَيَتْرُكُ لَامْرَأَتِهِ مَا يَلِيقُ بِهَا ، وَكَذَا مَنْ تَلَزَمَهُ نَفَقَتُهُمْ هَذَا إِذَا وَجِبَ ، وَلَا يَعْنِي أَنَّهُمْ يَزْدَادُونَ ذَلِكَ بَعْدَ الْحَجَرِ وَهُمْ فِي غِنَى عَنْهُ وَالْمَسْكِنَ وَالْفَرَاشَ وَالْخَادِمَ فَيُبَاعُ ؛ لِأَنَّ الْفَرَاشَ وَالْخَادِمَ عَنْهُ غِنَى وَالْمَسْكِنَ يَسْهَلُ اسْتِئْجَارُهُ

(١) الدست من الثياب ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه والجمع دسوت مثل فلس وفلوس ، والدست الصحراء .

(٢) من لباس المعجم غطاء للرأس وقيل إنه معرب / م .

والثياب قل من أن يستأجره ، وقوله في الحاوى : وينفق عليه وعلى من عليه مؤنته من الزوجة والقريب إن لم يكن له كسب : فيه ، أمور :

أحدها : أنه أطلق وجوب الإنفاق عليه من ماله مدة الحجر ، وذلك مخصوص بما إذا كان مطلقا ، فإن تعلق به حق الغير ، كما ذكرناه ، لم ينفق عليه منه ، هكذا نقله الأذرعى عن النهاية^(١) في المرهون ، وقال ابن الرفعة : القياس أن غير المرهون مما تعلق به حق الغير كالمرهون .

الثانى : أنه أطلق ذكر الزوجة وذلك مخصوص بمن تزوجها قبل الحجر ، أما من تزوجها بعده فلا ينفق عليها ، كما صرح به المتولى والرافعى فى كتاب النكاح ، ونقله الأذرعى ، وقرره وجزم به القمولى .

الثالث : قوله إن لم يكن له كسب محمول على الكسب اللائق ، أما إذا كان يجد كسباً لا يليق به ، فإنه ينفق عليه من ماله .

وقوله : (وَتُؤَجَّرُ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَوَقْفٌ عَلَيْهِ ، لَا نَفْسُهُ إِلَّا فِيمَا بَعْدَى^(٢)) .

أى : إذا قسمت أمواله وبقي عليه دين وله وقف عليه وأم ولد فالأصح أنه يُؤَجَّرُ الوقف وأم الولد ، لأن المنافع أموال كالأعيان ، ولا يؤجر الحاكم نفس المفلس ، لأنه لا يجب عليه تحصيل ما ليس حاصلًا ألا تراه يجوز له أن يقتصر وَيَعْفُو مجانا ، وإن كان يمكنه

(١) النهاية لإمام الحرمين راجع ص ١١٤ الربع الأول .

(٢) ويقول تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » آية ٢٨٠ من سورة البقرة .

العفو على مال ، وهذا إذا لم يلزمه الدين بِأمر تعدى به ، أما لو غَصَبَ مالا أو جنى جناية ، توجب المال فإنه يلزمه أن يؤجر نفسه ، كذا ذكره الإسنوى عن ابن الصلاح^(١) ، قال الإسنوى وهو واضح ، لأن التوبة مما فعله واجبة وهى متوقفة فى حقوق الآدميين على الرد ، انتهى . قلت : التوبة واجبة على العبد ، فإذا تعلق بها حق آدمى ، فللقاضى أن يطالبه بما التوبة فيه متوقفة عليه ، بخلاف من اقترض فإنه لم يعص بوجوب الدين ، ولم يفرق فى الحاوى ، بين الدين العاصى بسببه وغيره ؟ .

وقوله : (وَفَكُّهُ بِالْقَاضِي) .

أى : لا ينفك الحَجْر على المفلس بالفراغ من قسمة أمواله ، بنفسه ، بل لا ينفك إلا بالقاضى ، لاحتياجه إلى النظر والاجتهاد .

وقوله : (وَحَبْسَ لَا لِيُوكَّدَ ، مَدْيُونٌ عُهُدَ لَهُ مَالٌ ، حَتَّى يُشْهَدَ بِإِعْسَارِهِ ، مَعَ يَمِينٍ طُلِبَتْ ، وَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ حُلْفٌ ، وَلِعِنَادٍ ضُرِبَ) .

أى : المديون يحبس لما عليه من الدين ، إن عهد له مال ، وقال « مديون » ليشمل كل مديون وإن لم يكن مفلساً ، إلا إذا كان الغريم ولداً ، فالأصح أنه لا يحبس له والده ، كما صححه فى الروضة ، ونسبه الإمام^(٢) إلى الْمُعْظَم ، وقال فى الحاوى^(٣) : أنه يحبس لولده :

(١) ابن الصلاح : عثمان بن عبد الرحمن بن موسى ابن أبي نصر الكردى الشهرزورى العلامة الشيخ تقى الدين أبو عمرو بن الصلاح أحد أئمة المسلمين فى عصره ولد سنة ٥٧٧ هـ وتوفى سنة ٦٤٣ هـ وتنقل فى كثير من البلاد وله صيت ذائع فى كل مجال من العلوم ، ١٣٧/٥ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) إمام الحرمين .

(٣) وفى ح « وحبس المديون ولو لولده إلى ثبوت إعساره ببينة وحلفه إن طلب » .

وهو وجه صححه الغزالي ، والأصح ما ذكرناه ، ولا يحبس إلا إن عهد له مال كمن اشترى في الذمة ، فإن البَيْع الذي قبضه مَالٌ عهد به بخلاف دين الضمان ، والمهر والجنابة وكل ما وجب لا في مقابلة مال ، فالقول فيه قول المديون إنه معسر ، إلا أن يعرف القاضي له مالا ، وكذلك لو وجب في مقابلة مال لا يبقى كالبخز واللحم ، يتناوله للأكل ؛ لأنه معلوم التلف فإذا حبس لكونه عهد له مال أو نكل عن اليمين لم يخرج من الحبس ، إلا إن شهد شاهدان بإعساره ، فإن قال صاحب الحق بعد قيام البيّنة : أحلفوه أنه لا مال له في الباطن وَجَبَ إخلافه ، فإن لم يطلب يمينه لم يَحْلِفْ على الأصح ، وإذا ثبت إعساره حرم حبسه ، وإن علم له مال وأخفاه عنادا ، أو لم يَنْزَجِرْ بالحبس وزاد في تعزيره بما يراه من ضرب ونحوه .

وقوله : (وَوَكَّلَ بِغَرِيبٍ مَنْ يَبْحَثُ لِيُظْنَ إِعْسَارُهُ فَيَشْهَدَ) .

أى إذا كان المحبوس غريباً وكل به القاضي من يبحث عن حاله وعن عيشه ومنقلبه ، فإن غلب على ظنه إعساره شهد به ، ولا ينبغي أن يمهله الحاكم فيخلد عليه الحبس .

وقوله : (ولغريم مفلسٍ رُجُوعٌ فوراً إلى متاعه أو بعضه للباقي في دينٍ معاوضةٍ محضة ، لا بعد حَجَرٍ علمه ، حالٌ ، وقت رُجُوعٍ إن لم يضمن بإذنٍ ، وإن قُدِّمَ به لا إن تَعَلَّقَ به حقٌ لازم ، أو تخلل ملكٌ غيرٌ) .

أى : إذا حجر على المفلس وفي الغرماء من باع منه عَيْناً ووجدها

باقية في ملكه فله الرجوع لتعذر استيفاء الثمن ، فقوله : « لغريم مفلس » احتراز عن غريم غير المفلس فإنه ليس لبائعه الرجوع في العين . وقيل : يرجع إن تعذر تسليم الثمن بامتناع ونحوه ، وهذا الرجوع على الفور ؛ لأنه يثبت الدفع للضرر كالرد بالعيب ، وقوله : « في دين » احتراز به من العين ، فإذا اشترى عبداً بجارية ولم يسلم الجارية طوّل بها ولا يرجع الغريم إلى العبد ، وقوله « معاوضة محضة » احتراز عن النكاح والخلع والصلح عن الدم ، فلا يثبت فيها الفسخ ؛ لتعذر الرجوع في المعوض ، فمن المعاوضة المحضة السلم والإجارة ، فإذا أسلم إليه ، وأفلس ورأس المال باقٍ رجع إليه ، فكذلك إذا أجره داره فأفلس المستأجر رجع المؤجر إلى داره وفسخ الإجارة ، وإن أفلس المؤجر لم يتعرض المستأجر في الدار ، فلو كان الأجير ملتزماً في ذمته عملاً ، وأفلس والأجرة في يده رجع فيها المستأجر ، وإلا صار بخلاف ما إذا استأجر عينه ، وإنما يرجع في العين إذا لم يكن له بالدين ضامن غير مفلس ، وإن كان له ضامن نظرت ، فإن ضمن بإذن المفلس لم يرجع ؛ لأن وصوله إلى حقه من الضامن كوصوله إلى حقه من المضمون عنه ، كما ذكره في العزيز والتتمة^(١) ، ونقله الأذرعى عنهما ، وهو المفهوم من الروضة^(٢) ؛ لأن ذكر وجهين فيما إذا ضمن عنه بغير إذن ، فأفهم أنه إذا ضمن بإذن لم يرجع قطعاً ، وإن ضمن بغير إذن ، ففيه وجهان ، والفرق أن الضامن هنا متبرع لا رجوع له ، فإن كان الغريم قد استوفى بعض

(١) التتمة للمتولى . والعزيز (فتح العزيز) للرافعي شرح الوجيز للفرزالي .

(٢) الروضة للنووي مختصر شرح الوجيز (فتح العزيز)

ثمن المبيع وبقي بعضه رجع بحصته من العين ، ثم لا يرجع فيها إلا إذا كان دينه حالا ، ولا يشترط حلوله قبل الحجر ، بل ما حل من الدين بعد الحجر ، وَلَوْ قُتَّ الرجوع فله حكم الحال قبل الحجر وله أن يرجع ، ولو قال : الغرماء : نحن نقدمك بالثمن ونعطيكه من غير نقص ؛ لأنه لا يؤمن من ظهور غريم آخر يزاحمه ، وإنما يرجع في المتاع إذا عاوضه بهذا الدين قبل الحجر أو بعد الحجر ، وهو جاهل ما عاوضه بعد الحجر ، وقد علم بالحجر ، فلا رجوع له ، بل الغرماء أحق به ؛ لأنه المعول ، ولا يرجع في المتاع أيضا إذا تعلق به حق لازم ، فإن جنى المبيع أو رهن أو استولد الأمة ، أو كاتب الرقيق فلا رجوع ، وكذا إذا أجَّره إلا إذا رضى به مسلوب المنفعة ، واحترز بقوله لازم من التدبير والعق بالصِّفة وكذلك لا رجوع ، إلا إذا كانت العين باقية في ملكه منه ، ولو زال الملك فيها ببيع ونحوه ثم عاد إليه ، فالأصح أنه لا يرجع ، وفي قوله « ولغريم مفلس » ، غنى عن قوله : في الحاوى تَعَذَّرَ بِالْإِفْلَاسِ : وقوله في الحاوى^(١) : ولصاحبه ، الرجوع ، إلى قوله : ولو بالعود إليه : فيه أمران :

أحدهما : أنه واجب له الرجوع مطلقاً ، وإنما يجب إذا لم يكن له بالمال ضامن ، بالإذن كما بينا .

الثاني : أنه واجب له الرجوع وإن كان قد زال ملكه عنه ثم عاد ، والذي صححه النووي ، من زيادته في الروضة ، أنه لا يرجع

(١) في ح « ولصاحبه في المعاوضة المحضة لا حال الحجر بالعلم بالرجوع إلى متاعه على الفور » .

ونقله عنه صاحب^(١) المهمات ، وأقرّه عليه .

وقوله : (بفسختُ البَيْعَ رَفَعْتُهُ ، ونحوه ، لابو طء وتصرف) .

أى : رجوع الغريم يكون بالفسخ كفسخت البيع ونقضته رفعته وأبطلته ، وما أشبهه ، فلو وطئ الجارية أو باعها مثلاً أو أعتقها لم ينفذ ولم يكن فسخاً ، ولا يحتاج في الفسخ إلى الحاكم ؛ لأنه ثابت بالسنة كخيار العتق .

وقوله : (بزائد لا حَادِث انفصل أو أَبْرَه ، وسلم قيمة ولد الأمة أو بيعا وأخذ حصتها) .

أى : ولغريم أن يرجع في عين متاعه بالزوائد المتصلة كالسمن والكسب وكذا الحمل المجنن^(٢) والثمرة غير المؤبرة ، لا الحادثات في يد المفلس على الأصح ، فإن كانا موجودين ، حالة الشراء فَقَطُّعَا ، وإن انفصل وتَأَبَّرَت الثمرة في يد المفلس ، وكانا موجودين في حالة العقد ، فالأصح أن البائع يرجع فيهما ، وإن كانا حادثين بعده فهما للمفلس ، لكن الأمة لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها ، فيأخذ البائع بالقيمة إن شاء ، ولا يقدم عليه غيره ، وإلا بيعا معا ، وأخذ حصة الأم ، ويعرف ذلك بتقويمهما معاً ، ثم تقويمها وحدها وهى ذات ولد ، فإن كانت قيمتهما معا مائة وعشرين ، وقيمتها وحدها مائة فحصة الأم مائة ، والولد عشرون ، فيخص الولد سدس الثمن ، والأم

(١) المهمات للإسنوى .

(٢) أى الحمل يصير جنيناً / م .

خمسة أسداسه ، وقوله في الحاوي : لا المؤبرة إلى قوله : وخص بقيمة الأم ، فيه أمران :

أحدهما : قوله المؤبرة أطلق أن البائع لا يرجع إلى الثمرة المؤبرة ، في يد المفلس ، والصحيح أنه يرجع فيها إذا كانت موجودة حال العقد .

الثاني : قوله : وخص بقيمة الأم ، اعترض عليه صراحة ، قالوا : وكان الأحسن أن يقول بحصة الأم .

وقوله : (ويرجع وإن زوجت ، وتفرخ ، وخلط الزيت لا بأجود ، أو غير جنس) .

أى : وللبائع الرجوع في الأمة وإن زوجها المفلس ، وكذا في البيض وإن تفرخ ، والبذر وإن زرع على الأصح ؛ لأنها زيادة في عين ماله وكذا في الودّي يصير نخلا ، وكذلك إذا خلط زيتا وطعاماً بمثله أو بأردأ منه رجع بمثل ملكيته ، أو ترك وضارب وليس له طلب البيع ، فإن قيل : ما الفرق بينه وبين المَغْضُوب حيث جعلتموه بالخلطة ، كالتالف ، قلنا : الفرق أن الغاصب موسر يلزمه القيمة بتمامها ، وهنا البائع إذا ضارب لا يصل إلى حقه بتمامه وإن خلطه بأجود منه أو بجنس آخر لم يستحق المضاربة ؛ لما في الرجوع من الإضرار بالمفلس .

وقوله : (بلا أرش ، نعم يضارب بنقص عيب يُغرم للمفلس ، وبحصة تالف يُفرد بقصد كزيت أغلى) .

أى : وإذا رجع على عين ماله ووجده ناقصاً ، نظرت ، فإن كان النقصان مما لا يُفرد بعقد ، وهو النقصان الموجب للأرث كقطع يد العبد وعماه ، نظرت فإن كان بآفة سماوية أو بفعل المفلس فلا أرث يطالب به ، بل يرجع فيه ناقصاً ، أو يضارب وإن كان بجناية الأجنبي ، وجب للمفلس فيها الأرث المقدّر ، وللبائع أرث النقص فقط ، منسوباً إلى الثمن ، وإن كان بجناية البائع ، نظرت ، فإن كان قبل القبض فهو من ضمانه فلا أرث له ، وإن كان بعده فله أرث النقص وعليه الأرث المقدّر للمفلس ، فخرج بقوله يضارب بنقص عيب يغرم للمفلس ما كان بآفة سماوية ، أو بجناية المفلس أو البائع قبل القبض ، ودخل فيه جناية الأجنبي والبائع بعد القبض ؛ لأنها تغرم للمفلس ، وإن كان النقصان مما يفرد بالعقد ، كما إذا باعه النخل والثمرة فتلفت ، فإنه ينفسخ البيع في الثمرة التالفة ويرجع في النخل بحصته من الثمن ، وكذلك الزيت إذا أغلاه المفلس ، فالأصح أن الناقص منه كالتالف ، وقوله في الحاوى^(١) : بلا أرث نقص لا بجناية أو أجنبي : أى لا بجناية البائع ، وليس ذلك على إطلاقه ، بل ذلك إن كان بعد القبض ، وأما قبله فلا ؛ لأنه لا يغرم للمفلس ، وقد بيناه أولاً .

وقوله : (واعتبر للنسبة ، أقل قيمته ، بعقد وقبض ، وأكثرهما لباقي) .

مثال ذلك اشترى نخلاً وثمرته ، وقيّمته يوم العقد مائة وخمسون ،

(١) وفح « وغلط الزيت لا بأجود بلا أرث نقص لاجنائه أو أجنبي أو بما يفرد بالعقد كزيت غل » .

وقيمة الثمرة من ذلك خمسون ، فإن تلفت ، ولم يحصل في القيم تفاوت ضارب بالثلث ، ولو زادت قيمة الثمرة ، فبلغت يوم القبض مائة ، فهو كما لو لم يزد ؛ لأنك تنسب إلى أقل قيمتيهما وإلى أكثر قيمتي الباقي ، وإن نقصت فبلغت خمسة وعشرين ، أضفتها إلى المائة ، ونسبتها إلى الجملة فنجدها خمسين ، فيضارب بخمس الثمن ، فلو بلغت قيمة النخل مائتين ، أضفت الخمسة والعشرين إليها ، ونسبتها فتجدها تسعين ، فيضارب بتسع الثمن ، فإن نقصت قيمة النخل فهو كما لو لم ينقص .

وقوله : (وإن باع عيين ، فله رجوع في إحداهما) .

أى : إذا اشترى المفلس عيين بمائة مثلاً وكانا مُستَوِيَّي القيمة ، أو أحدهما أكثر فله الرجوع في أحدهما ، سواء تلف أحدهما أم لا ، وسواء قبض حصته أم لا ، وقد أخذ منه البائع قدر حصته التالف ممن أخذ نصف الثمن ، تعين عليه أن يجعلهما متساويين .

وقوله : (فإن بنى وغرس ، ولم يرض المفلس ، وغرماؤه ، القلع ، تملك بقيمة ، أو قلع بأرض ، وإن رضى بعض فالأصلح)^(١) .

أى : إذا رجع بائع الأرض وقد غرس المفلس وبني ، فإن اتفق الغرماء والمفلس على قلع البناء والغراس قُلْعاً ، وسويت الحفر من مال المفلس ، فإن امتنعوا من القلع ، فلمن رجع في الأرض أن يملك

(١) لهم هو الذى يفعل ، وإذا أفلس المستأجر ، وحجر عليه فله الرجوع فسخ الإجارة ، كما مر تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان / ف .

البناء والغراس بقيمتيهما ، وإن شاءوا أن يقلع ويغرم المفلس أرضه
النقص ، وإن اختلفوا أعنى المفلس والغرماء ، فرضى بعضهم بالقلع
دون بعض عمل بالأصلح ، وقوله فى الحاوى : ولو بنى وغرس
واتفق الغرماء والمفلس على القلع قلع ، وإن امتنعوا رجع وتملك ،
ومقتضاه ، أنه إذا اتفق الغرماء والمفلس على القلع قلعوا ، ولو قبل
رجوعه فى الأرض بدليل قوله : وإن امتنعوا رجع وتملك ، قال
بعضهم : والظاهر أن هذا القلع إنما يكون رجوعه فى الأرض وهو
قضية كلام الغزالي ، انتهى . وحمل كلام الحاوى على الجواز ،
حاز على قاعدة : فإن قبل الرجوع ملك المفلس وإنما حذر لأجل
الغرماء فإن اتفقوا على قطعه قلع ، وإن لم يكن للمصلحة ؛ لأن
الأصلح يتبع إذا اختلفوا .

وقوله : (وبلغ مؤجر وبائع رجعا مأمنا ، وكذا حصاداً برضى
كل ، لا نقص ، إلا إن ضاع بقطعه بأجر المؤجر وقدم به كمصالح
الحجر) .

أى : وإذا أفلس مستأجر الدابة ، أو مشتريها ، وعليها متاع ،
ففسخ البائع أو المؤجر ، وهو فى البادية فعليه حمل المتاع إلى المأمن ، وكذا
إذا أفلس مشتري الأرض ، أو مكترها بعد ما زرعها ، واتفق الغرماء
والمفلس على تركه إلى الحصاد وجب تركه ، وكذا إذا اختلفوا
فأراد بعضهم القطع دون البعض ولم يكن للمقطوع قيمة ، فإن كان
له قيمة أجيب من يدعو إلى القطع ؛ إذ ليس عليه تنمية ماله ولا عليهم
الصبر إلى أن ينمى ماله . ويجب للمؤجر فى الحمل إلى المأمن والإبقاء

إلى الحصاد أجرة المثل يقدم بها على الغرماء ؛ لأنها من مصالح الحجر ومصالحه مقدمة كأجرة الكيال ونحوه ، والأجرة للبائع في الحالين ؛ لأن البائع مورد عقده العين وهو يصير إليها بالفسخ ولم يأخذ أجرة ، ومورد عقد الإجارة المنفعة ، فإذا منع من استيفائها ومن أخذ بدلها لم تحصل بالفسخ فائدة ، ولم تعد إليه المنفعة ، وقوله في الحاوى : وفي الإجارة نقل إلى مأمّن وترك زرعه بأجر مقدم كمصالح الحجر لا في البيع ، فيه أمران :

أحدهما : أن قوله : وفي الإجارة نقل إلى مأمّن وترك بأجر لا في البيع ، يوهم أن حكم البيع مخالف لحكم الإجارة ، وفي وجوب النقل وترك الزرع وفي الأجرة وليس كذلك ، بل حكمهما في وجوب النقل إلى المأمّن وإبقاء الزرع واحد ، وإنما يختلفان في وجوب الأجرة ، فلا يجب لإبقاء الزرع أجرة ، في مسألة البيع كما ذكرناه أولاً .

الثانى : أنه واجب على صاحب الأرض إبقاء الزرع إلى الحصاد مطلقاً ، وليس على إطلاقه ، بل لا بد من التفصيل الذى ذكرناه ، كما في العزيز والروضة وغيرهما .

وقوله : (وَإِنْ صَبَغَ ثَوْباً أَوْ عَمَلٍ بِهِ مُحْتَرماً كَقَصَارَةٍ ، شَارَكَ بِمَا زَادَ) .

أى : إذا اشترى ثوباً ثم صبغه وأفلس ، فإن لم تزد قيمته بالصبغ فلا شيء للمفلس ، وإن نقصت فلا شيء للبائع ، وإن زادت قيمة الثوب بالصبغ ، نظرت ، فإن زادت قيمة الصبغ فإن كانت

قيمة الثوب عشرة والصبغ خمسة فبلغ خمسة عشر ، فهما شريكان ، وإن نقصت الزيادة عن قيمة الصبغ فبلغت القيمة اثنا عشر مثلاً دخل النقص على الصبغ ، ويشارك بالزائد عن قيمة الثوب فقط ، وإن زادت على قيمتهما ، بأن بلغت قيمته مصبوغاً عشرين فالأصح أن الزيادة كلها للمفلس فيقسمان الثمن نصفين ، وكذلك إذا عمل عملاً محترماً كقصارة الثوب ورياضة الدابة وطحن الحنطة فالأصح أن ذلك كله عين كالصبغ ، لا أثر كالسمن فيكون حكمها كحكم الصبغ ، وإن كانت الزيادة غير محترمة ، كتعليم ضرب الأوتار ونحوه ، فكالسمن لا يشارك بها المفلس .

وقوله : (وهى رهنٌ بأجرة قصار فسخ) .

أى : إذا حجر على المفلس وقد استأجر قصاراً على ثوب نظرت : فإن طالب القصار بأجرته ضارب مع الغرماء ، وإن فسخ الإجارة ورجع إلى عمله ، فإن القصار تصير هنا بأجرته فيقدم بأجرته من زائد القصار ، فإن زادت على أجرته أو ساوتها استوفى حقه وإلا ضارب بما بقى له ، وهذا معنى قوله وهى رهن بأجرتها ؛ لأن هذا حكم المرهون .

وقوله : (ولكل قصار حبس الثوب ، عند عدل لأجره ، وسقط بتلفه فى يده) .

أى : اعلم أن هاتين المسألتين لا تعلق لهما بالمفلس ، بل من قصر ثوباً أو خاط قميصاً ونحو ذلك فله على الأصح حبس ما عمل

فيه للأجرة ، وليس كحبس البائع المبيع للثمن ، بل يوضع عند عدل ، وإن تلف مثلا الثوب الذي عمل به ، قبل تسليمه سقطت الأجرة ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، وقد أطلق في الحاوى^(١) : أن للقصار الحبس ، وليس على إطلاقه ، بل المراد ، أن له وضعه عند عدل كما صححه في الروضة ، ونقله عن نص الشافعى في الأم وجماعة من الأصحاب .

(١) في ح « والقصار الحبس وسقط الأجر بالتلف في يده والقسارة رهن بالأجر إن فسخ » .

الحجر

وقوله : (باب^(١)) حَجَرُ جُنُونٍ إِلَى إِفَاقَةٍ ، وَصَبِيٌّ إِلَى بُلُوغٍ
بِخَمْسِ عَشْرَةِ أَوْ إِمْنَاءٍ أَوْ حَيْضٍ لِتَسْعٍ أَوْ حَبَلٍ ، وَدَلِيلُهُ فِي كَافِرٍ
خَشُونَةُ عَانَةٍ ، وَصُدِّقَ بِيَمِينِهِ ، لَا لِإِسْقَاطِ جَزِيَّةٍ^(٢) أَنَّهُ اسْتَعَجَلَهُ .

أَي : اعلم أَن المراد من هذا الباب ، الحجر^(٣) الذى هو لمصلحة
المحجور عليه ، وموجبه ثلاثة أشياء ، الجنون والصبي والسفه ،
أما الحجر لمصلحة الغير ، فمذكور فى أبوابه كحجر الفلاس والمرضى ،
والرهن لأجل الثمن ، والرَّق والمجنون محجور عليه إلى الإفاقة ،
ويزول بزواله ، ويعود بعوده ، وحجر الصبي إلى البلوغ بالسن وهو
استكمال ، خمس عشرة سنة قمرية تحديداً ، لا تقريباً ، لحديث^(٤)
« ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، أَنه عرض لجيش لأربع عشر ،
فلم يجزه صلى الله عليه وسلم ، ثم عرض وهو ابن خمس عشرة فأجازه ،

(١) فى الحجر بفتح الحاء وهو لغة : المنع ، وشرعاً : المنع من التصرفات المالية ، وشرع إما لمصلحة النفس والغير
كالملكاتب أو الغير فقط ، كالفلس للفرمان ، والراهن للمرتين ، والمرهون ، ونحو المريض ، للورثة فى ثلثى ماله والعبد
للسيد والمرد للمسلمين ، أو النفس فقط وهو حجر المجنون والصبي والسفيه ، وكل أعم مما يليه وهذا هو المقصود بالباب / ف .
(٢) لو كان من أولاد أهل الذمة ، وطولب بها ، والفرق باحتياط لحفظ المال على المسلمين ، فى الحالين ويجب
تحليفه فى الأول إذا زاده ، وكيفيته / ف .

(٣) دليله من الكتاب قوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح . . فادفعوا » الآية ٦ من سورة النساء وقوله
تعالى : « فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً » الآية ٢٨٢ من سورة البقرة / م .

(٤) وحديث ابن عمر عرضت على النبى صلى الله عليه وسلم الحديث رواه ابن حبان وأصله فى الصحيحين ، ومعنى
لم يجزنى أى لم يأذن لى بالخروج للقتال ، وقيل لم يسهم لى ، ومعنى فأجازنى أى سمح لى بالخروج للقتال وقيل أسهم لى ،
واعترض بأنه ليس فى موقعة الخندق غنيمة . وأجيب بأنى ممن يستحق السهم ص ٤٦ - ٣ بلوغ المرام .

قال وأراني قد بلغت « وبالاختلام لقوله تعالى^(١) : « وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا » الآية ، والمراد خروج المنى ، ويدخل إمكانه باستكمال تسع سنين ، كالحيض فهذان يشترك فيهما الرجال والنساء ، وتختص النساء بالحيض ، والحبل ، فإذا حاضت فقد بلغت لحديث^(٢) « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » وكذلك الحبل ؛ لأنه مسبوق بالإنزال ، لكن الولد لا يستيقن ما لم تضعه فإذا وضعت حكمنا ببلوغها قبله بستة أشهر وشيء ، وإن كانت مطلقة وأنته بولد يلحق الزوج لسته أشهر فأكثر ، حكمنا ببلوغها قبل الطلاق ، وإن أمتى المشكل من ذكره وحاض من فرجه حكمنا ببلوغه على الأصح ، لا إذا أتى بهما أو بأحدهما من فرجه عند الجمهور ، وإما إنبات العانة فيستدل به على بلوغ الكافر على الأظهر ؛ لأنهم كانوا يكشفون عورة المراهقين ، فمن أنبت^(٣) منهم قتل ومن لم ينبت جعل في الذراري ، ثم المصير خشنا يحتاج لحلق ، وأما الشعر الضعيف فَرَزَغَبٌ^(٤) يوجد في الصغير فلا أثر له ولا يقضى به بلوغ في حق المسلمين ، لأن قول الآباء ونحوهم يقبل فيهم ، والتواريخ الدالة تسهل في حقهم ، وليس هو بلوغاً في نفسه ؛ لأنه يستعجل بالدواء وربما يستعجله المسلم لدفع الحجر عنه ،

(١) آية ٥٩ من سورة النور ، وقيل البلوغ بالاختلام .

(٢) رواه الخمسة إلا النسائي عن عائشة رضى الله تعالى عنها ص ٦٧ - ٢ نيل الأوطار .

(٣) يشير بذلك إلى ما جاء في حديث عطية القرظي قال : كنت من سبي قريظة فكانوا ينظرون من أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل ، فكشفوا عاني فوجلوها لم تنبت فجعلوني في السبي ، رواه ابن حبان ، وقال الحاكم إنه على شرط الشيخين والترمذي حسن صحيح ، ص ٢٤٨ - ٥ نيل الأوطار .

(٤) الزغب بفتحين : صغار الشعر وليه حين يبلو من الصبي والزغب أيضاً الريش أول ما ينبت ودفاقه أيضاً / م .

والكافر لا يستعيد باستعجاله إلا القتل والجزية . وقوله في الحاوى^(١) :
المجنون محجور إلى الإفاقة إلى قوله وحلّف إن قال استعجلته بالدواء
فيه أمور :

أحدها : أنه جعل الحُلْمَ بلوغاً ولم يبين سنّه ، والصحيح
أن سنّه سن الحيض تسع سنين ، كما ذكرناه في الروضة .

الثاني : أنه عد الإنبات بلوغاً في حق الكافر ، والأصح أنه
ليس ببلوغ ، بل هو دليل عليه .

الثالث : أنه جعل مطلق الإنبات بلوغاً ، ولا بد من تخصيصه
بالخشن منه ، وأما الزغب والضعيف فإنه يوجد في الصغير ، ولا عبرة
بشعر الإبط والشارب واللحية على الأصح ، لأن وجودها في هذا
السن نادر^(٢) ولا عبرة بالنادر ، والعانة يقارب نباتها البلوغ غالباً .

الرابع : بأنه قضى للكافر إذا ادعى استعجال الإنبات وحلف
قُبِلَ منه مطلقاً ، وهو لا يقبل في إسقاط الجزية ، وإن قُبِلَ في حق
القتل كما ذكره في التتمة ، ونقله عنها القمولى ، وقطع به

(١) ح « المجنون محجور إلى الإفاقة والطفل إلى البلوغ بخمس عشرة سنة أو الحلم أو الحيض والحبل وإنبات العانة لطفل
الكفار وحلف إن قال استعجلته بالنواء . »

(٢) وقد يوجد في الصغير وغيره فلا يصح أن يكون علامة ، قالوا والخشن علامة البلوغ ليس في الرجل فقط وإنما
يشمل الأثني وغيره كالخشي أيضاً ، فإذا وجد الشعر الخشن حول فرجه كان علامة على البلوغ / م .

الأذرى ونقله ابن الرفعة عن العبادي^(١) والكفاية .

وقوله : (ثم يصح إسلام وتصرف ، لا في مال ، غير وصية ،
وتدبيرٍ وصلاح عن قصاص ، ولا إقرارٌ به إلى صلاحه ديناً ودنياً ،
ومُيز ندباً عن أهله مُميزٌ أسلم) .

أى : إذا ارتفع الحجر بالبلوغ ثم أسلم صح إسلامه وأما قبل
البلوغ فلا يصح إسلامه ، وكذا يصح منه ما سوى التصرف في المال
مطلقاً ، وأما التصرف في المال فلا يصح إلا من البالغ الرشيد المصلح
لدينه ودُنياه ، ولا يوقف جواز تصرفه على الرشد ، وتصح منه الوصية
والتدبير ؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك ، ويصح منه الصلح عن القصاص
ولو بأكثر من الدية ، صيانة لنفسه وعضوه والعفو عنه مجاناً ،
ولا يصح إقراره بالتصرف المالى كما لا يصح إنشاؤه ، ولا بما يوجب
المال ، فإن أقر بسرقة قبل إقراره في القطع لا المال ، فإن أسلم الصبي
المميز فرق بينه وبين أهله لثلاث يفتنوه ، وهذا التفريق مستحب ،
لا واجب على الأصح كما ذكره في الروضة في أول باب اللقيط ،
وقوله في الحاوى : من الإيمان وغيره ، وإقرار به ، فيه أمور :

(١) العبادى : محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد المروى الإمام الجليل القاضى أبو عاصم العبادى صاحب
« الزيادات » و « المبسوط » و « الهادى » و « أدب القضاء » الذى شرحه أبوسعبد المروى فى كتاب « الإشراف على
غوامض الحكومات » وله أيضاً « طبقات الفقهاء » ولد سنة ٣٧٥ هـ خمس وسبعين وثلاث مائة وأخذ العلم عن أربعة القاضى
أبو منصور محمد بن محمد الأزدى والأستاذ أبى طاهر الزياى وأبى إسحاق الأسفراينى بنسابور . والقاضى أبو عمر البسطامى
وكان أبرع علماء عصره فى غزارة العلم ونكت الفقه والإحاطة بغرائبه توفى سنة ٤٥٨ هـ ، ج ٢/٣ طبقات

أحدها : أنه أطلق الحجر على الصبي من الإيمان وغيره
وليس الصبي محجورا عليه في العبادات ولا في النهي عن المنكر ،
بل يثاب على ذلك كله ، ولا في حمل الهدية والإذن كما هو مذكور
في أبوابه .

الثاني : أنه أطلق إبعاد المميز عن أهله ، ولم يبين أنه واجب
أو مستحب ، والأصح أنه مستحب كما بيناه .

الثالث : أنه لم يستثن من التصرف إلا الوصية والتدبير ، وذكره
في العزيز والروضة والغزالي ، وغيره ، أن له أن يصالح عن القصاص ،
ولو بأكثر من الدية صيانة من الجراح .

وقوله : (وتصرف أبٌ ثم جدٌ ، ثم وصيٌ ، ثم قاض بغبطة ،
ولو في شفعة ، لا قصاصٍ وعنتي وطلاق) .

أى : ويتصرف في مال المجنون والصبي الأب والجد وهو أب
الأب ، وإن علا ، ولا ولاية للأُم^(١) ، ثم الوصي وهو وصي الأب
أو الجد ، فإن فُقدوا فالقاضي ، أو من ينصبه ، ويجب أن يكون
هذا التصرف بالغبطة فيشتري له العقار ، وهو أولى من التجارة ،
إلا إن كان في العقار خراج أو جور لا غبطة فيه معه فلا يشتريه ويبني
لهما بالآجر والطين لا اللبن والجص ، ولا يبيع عقاره إلا لحاجة ؛
أو لغبطة ، وإذا باع الأب أو الجد عقاره ورفع إلى الحاكم سجل بيعه ،

(١) وقيل تلى بعد الأب والجد وتقدم على وصيها ، قاله شارح المنهاج للنووي / م .

ولا يكلفه إثبات الغبطة ، بخلاف الوصى والأمين ، لأنَّ الوالد غير متهم ، ويتصرف بالغبطة ولو في الشُّفْعَة ، فإن وجد للطفل مصلحة شفع وإلا ترك ، فلو ترك المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد الأخذ لم يكن له ذلك على الأصح ، كما ليس له نقض شُفْعَة أخذ بها بالمصلحة ، ولا يتصرف للطفل في قصاص ولا عفو عنه ، ولا في عتق رقيقه ولا كتابته ولا هبة ماله ، ولا تطليق زوجته .

وقوله : (وَيَجِبُ حِفْظُ وَتَنْمِيَةٌ ، قَدَرُ الْمُؤْنِ ، وَبَيْعٌ وَشِرَاءٌ ، بِغَبْطَةٍ ، وَقَدَّمَ نَفْسَهُ ، وَإِنْ تَبَرَّمَ اسْتَأْجَرَ) .

أى : . ويجب على الولى حفظ مال الطفل والمجنون والسفيه ، وعليه أن ينميه قدرأ لا تأكله معه النفقة والمؤن ولا تجب المبالغة في ذلك ، وإذا طلب بيع متاعه بغبطة أو وجد له ما يشتري وفيه غبطة لزمه البيع ، وكذا الاشتراء إلا إذا أراد لنفسه ، فإن له أن يقدم لنفسه ، وإن تبرم الولى من حفظ المال والتصرف فيه فله أن يستأجر من يتولاه ، ولو سأل من القاضى أن يفرض له أجره لم يجبه إلى ذلك . وقوله في الحاوى^(١) : ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه ، إلى آخره ، فيه أمران :

أحدهما : أنه اقتصر على الطفل وليس لاقتصاره عليه معنى ، بل للمجنون والسفيه حكمه .

(١) وفيه « ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدر النفقة والبيع والشراء للمصلحة إن لم يشتتر لنفسه وإن تبرم استأجر »

الثانى : قوله « قدر النفقة » اقتصر على النفقة وحدها ، والكسوة والزكاة وسائر المؤن كذلك ، فلو قال المؤن ليشمل مؤن الطفل لكان أولى ، وهذا كله إذا أمكن .

وقوله : (وَلِفَقِيرٍ غَيْرِ قَاضٍ شُغِلَ بِهِ ، عَنْ كَسْبٍ أَكُلٌ بِمَعْرُوفٍ ، لَا يَجَاوِزُ أَجْرَهُ) .

أى : للولى المذكور غير القاضى إذا كان فقيرا ، أو كان الاشتغال بحفظ مال المولى عليه وتنميته يشغله عن الاكتساب ، أن يأكل مال المولى عليه بالمعروف ، وليس له إلا الأقل من كفايته وقدر أجره ، وقوله فى الحاوى ويأكل الفقير بالمعروف فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق جواز الأكل للولى ، والقاضى لا يجوز له ذلك لعموم ولايته ولعدم اختصاصها به .

الثانى : أن ذلك مخصوص بما إذا كان المولى عليه يشغل الولى عن الاكتساب ، فإن لم يشغله لم يكن له أن يأكل .

الثالث : أنه يشترط ، أن لا يجاوز ما يأكله الأقل من الكفاية وأجرة المثل ، صححه فى الروضة .

وقوله : (وَيَحْجُرُ قَاضٍ وَيَلِي ، بِتَبْذِيرٍ طَارِئٍ ، فى غير خير ، ونفيس طعام ، لا يَفْسُقُ وَأَنْعَزَلَ كُلُّ بِهِ وَبِجْنُونٍ وَعَادٍ ، لا قاضٍ وَوَصَّى بِلا تجديد) .

أى : التبذير المتصل بالصبي ، الولاية فيه للأب والجد ، فإن

طراً تبذير بعد الرشد فلا يحجر به القاضى وتكون له الولاية ، لا للأب والجد ، لأنه فى محل الاجتهاد ، وإنما يعد التبذير^(١) بعد الرشد سفها إذا كان فى غير الخير إذ لا سرف فى الخير ، وكذا سرفه فى نفيس الأطعمة والثياب الفاخرة لا يعد تبذيراً ؛ لأن المال يراد لذلك ، وإنما التبذير ، كاحتمال الغبن الفاحش ، وتضييع المال فى غير هذه الوجوه ، ولا حجر على من فسق^(٢) ، بخلاف الفسق المقارن للبلوغ ، فإنه لا يرتفع معه الحجر ، وَيَنْعَزَلُ بالفسق كل ولى ، وكذا الجنون فإن زال الفسق ، أو الجنون ، عن الأب والجد عادت ولايتهما ، لا الوصى والقاضى ، حتى تجدد لهما الولاية وطرآن^(٣) الجنون ، كمتصله بالصبي الولاية فيه للأب وهو داخل فى عموم قوله : وتصرف أب وجد ، وإنما استثنى طرآن التبذير ، لأن الحجر فيه يحتاج إلى الاجتهاد

(١) جاء فى اللسان - (بذر -) ببذير المال : تفريقه إسرافاً . والتبذير إفساد المال وإنفاقه فى السرف . قال الله عز وجل : (ولا تبذر تبذيراً) وقيل التبذير أن ينفق المال فى المعاصى . وقيل هو أن يبسط يده فى إنفاقه حتى لا يبقى منه ما يقتاته . ١٨ .

(٢) يقال : فسق فلان ماله ، إذا أهلكه وأنفقه (اللسان)

والمراد أنه لا يحسن سياسة ماله .

(٣) يقال : طراً فلان علينا يطرأ مهوز بفتحين طروداً : طلع فهو طارئ . وطرأ الشيء يطرأ أيضاً طرأنا مهوز حصل بفتة فهو طارئ وفى الأصل (طريان) وهو محرف عن طرآن .

الصلح

وقوله : باب^(١) . (الصلحُ على غير المدعى ، ببيع أو إجارة ، وعلى بعضه هبة أو إبراء) .

أى : اعلم أن الصلح إنما يكون بعد الخصومة ، والصلح يكون بين الخصمين أو بين المدعى وأجنبي ، فإن كان بين الخصمين فقد يكون على عين وقد يكون على دين ، وقد يكون صلح معاوضة ، أو صلح حطيطة ، فصلح المعاوضة يكون على غير المدعى فإن كان العوض عينا أو ديناً فهو بيع ، وإن عقد بلفظ الصلح ، فإن قال صالحتك على الدار التى لك عندى بهذا العبد وقيل صح ، وإن كان بيعاً يثبت فيه جميع أحكام البيع ، وإن كان العوض منفعة ، كصالحتك عن هذا العبد بسكنى دارى سنة فهو إجارة يثبت فيه جميع أحكام الإجارة ، وهو المراد بقوله : الصلح على غير المدعى بيع . أو إجارة ، وأما صلح الحطيطة ، وهو المراد بقوله : وعلى بعضه هبة أو إبراء . فإذا صالح

(١) فى الصلح وتوابعه : هو لغة قطع النزاع ، وشرعاً عقد يحصل به ذلك . وهو أنواع . ومقصود الباب صلح المعاملة ، ولفظه يتعدى للمتروك بمن أو عن ، وللمأخوذ بعل أو الباء غالباً فى الكل ، وهو إما أن يجرى بين متداعين ، أو بين مدع وأجنبي ، بين أو دين ، وكل إما صلح معاوضة أو صلح حطيطة ، فالأول « هو ما بدأ به / ف .

ودليله من الكتاب قوله تعالى (والصلح خير - آية ١٢٨ من سورة النساء) . ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » رواه ابن حبان وصححه ص ٢٥٤ - ٥ نيل الأوطار ، والإجماع منعقد عليه أى على جوازه بل ندبه للمسلمين ولغيرهم . فالكفار أيضاً يصح الصلح بينهم وتخصيص المسلمين بالذكر لانتقيادهم إلى الأحكام غالباً قال الإسنى : ومعنى أحل حراماً كأن يصالح على نحو خمر أو من حال على مؤجل : أو من دراهم على أكثر منها ومعنى حرم حلالاً ، كأن يصالح زوجته على أن لا يطلقها / م .

عن داره ببعضها فهو هبة لنصفها يشترط فيها القبول ، والإذن في القبض ، ومضى مدة إمكانه ، وإن صالح عن دين على عين ، فهو بيع الدين ، وإن صالح ببعضه فهو إبراء ، لكن يشترط القبول على الأصح ، لأن لفظ الصلح يقتضيه بخلاف لفظ الإبراء .

وقوله : (فإن شرط فيه تعجيل أو جودة ، بطل ، أو ضدهما فغير الحط) .

أى : الشرط مقتضاه أن ما فيه زيادة وصف كتعجيل المؤجل وبذل الجيد عن الردى والصحيح عن المنكسر ، يبطل العقد من أصله ، وما فيه نقصان وصف كتأجيل الحال وقبول الردى عن الجيد والمنكسر عن الصحيح بطل العقد أيضاً إن استويا ، فإذا صالح عن مائة مؤجلة ، بمائة معجلة ، أو عكسه لغا الصلح ، وإذا صالحه عن مائة مؤجلة بخمسين معجلة فالعقد باطل . وبالعكس صحيح ، ويلغو^(١) الشرط فيلزمه بالصلح خمسون معجلة ولا يلزمه التأجيل ، لأنه وعد . والوعد لا يلزم ، وكذا الحكم في الجيد والردى ، والصحيح والمنكسر .

وقوله : (ولغا بلا خصومة ، ومع إنكار ، إلا ومع وكيل قال أقر ، فإن قال هو مبطل وصالح له صح عن دين ، لاعين ، أو لنفسه ، فكاشتراء مغضوب أو دين) .

أى : لغا الصلح من غير خصومة تتقدم فلو قال من أراد أن يشتري شيئاً صالحتك عنه بكذا لم ينعقد ، ويلغوا أيضاً مع الإنكار ، فإذا ادعى داراً فأنكر المدعى عليه ثم وكل من يصالحه عنها لم يكن

(١) يقال : لغا الشيء يلغو لغواً من باب قال : بطل .

التوكيل إقرار على الأصح ، فإذا قال الوكيل هو مُقرُّ لك فصالحني عنه فصالحه صح الصلح لتصادق العاقدَيْن ، وإن قال وكلني في مُصالحتك وهو منكر مبطل ، فصالحني عنه له نظرت ، فإن كانت الخصومة في عين لم تصح المصالحة ، وإن كانت في دين صحت على المذهب ، لأنَّ للإنسان أن يقضى دين غيره بِغَيْرِ إذنه ، وليس له أن يشتري له عيناً بِغَيْرِ إذنه ، وإن قال هو منكر مبطل ، فصالحني لنفسى بكذا ، فإن كان ديناً ، فهو كاشتراء الدين الذى على الغير ، والأصح فيه عدم الصحة ، وصحح النووى في الروضة صحته إن تقابضا أحد العوضين في المجلس ، وإن كان عيناً فكاشتراء المغصوب ، إن قال أنا أَقْدِرُ انْتِزَاعَهُ^(١) ، صح وإلا فلا ، وقوله في الحاوى : وبالإلْكَار لا مع الأجنبي عنه ، إن قال أَقرُّ ووكلي في مصالحتك ولنفسه في العين إن قال مبطل وقدر على الانتزاع انتهى ، فيه أمران :

أحدهما : إن قال وكّلتني في مصالحتك كقوله أَقر يصح به الصلح - وإن لم يوكل - وليس كذلك بل إذا كان كذاباً في الوكالة كالتصرف الفضولى . وإن كان صادقاً في الوكالة ، وقع الملك للموكل ، وإن كذب بقوله هو مقر - .

الثانى : أنه إذا قال هو مبطل مقتضاه أنه لا يصح الصلح عن الموكل ، وذلك في العين ظاهر ، وأما في الدين فالمذهب الصحة كما ذكرناه في الروضة ولما بيناه .

(١) منصوب على نزع الخافض والتقدير على انتزاعه وفعل ذلك اختصاراً في العبارة / م .

وقوله : (وَحَرُمَ فِي شَارِعِ غَرْسٍ وَبِنَاءٍ دَكَّةً ، أَوْ مُضِرٍّ بِمَارٍ مُنْتَصِبَا ،
أَوْ بِمَحْمِلٍ بِكَنْيَسَتِهِ^(١) بِمَتَسَعٍ) .

أى : اعلم أنه جرت العادة بذكر المشتريات والمزاحمة عليها في هذا الباب وتكون شركتهما عامة ، كالطرق ، وخاصة كالجدار ونحوها ، والطرق تنقسم إلى نافذة وغير نافذة ، والنافذ كل الناس في استحقاق المرور فيه سواء وليس لأحد غرس شجرة فيه ، ولا بناء دكة - وإن لم يضر بالمارة - وليس لأحد أن يبني فيه جناحا ، يضر بالمارة - وإن لم يضر بهم ، جاز ، والفرق أن الدكة والغرس موضع المرور ، وقد يزحم المارة ويعسر المراقبة ، ثم إن كان الطريق ضيقاً لا يمكن أن يمر فيه الدواب ، اشترط أن يمر فيه الماشى منتصباً . وإن أمكن مرور الدواب ، والجمال فيه لسعته ، اشترط أن يمر تحته المحمل بكنيسته^(١) والراكب منتصباً ، ولا يشترط أن تمر الفرسان ناصبي رماحهم ، لأن وضعها على الاكتاف غير عسر ولكل أحد فتح باب على الشارع النافذ ، لأن الطرق مباحة ، غير مشتركة بمخصوصين ، سواء كانت في البلد أو في الصحراء .

وقوله : (وغيرُ النافذ لكلٍّ إلى بابهِ ، فلا يؤخرُهُ وثَمَّ غيرٌ وأحدث ،
كَوَّه ، لا جناحاً بممرهم ، ولا يزيد باباً ولو في داره من أخرى ، وإن
سَمَرَهُ ، ولا يَنْتَفِعَ بحاجرٍ مشتركٍ ، إلا بإذنٍ إلى الرجوع) .

(١) الكنيسة متعبد اليهود وتطلق أيضاً على متعبد النصارى . والكنيسة شبه هودج يفرز في المحمل أو في الرحل قضييان ويلقى عليه ثوب يستظل به الراكب ويستتر به وهو مراد الشارح / م .

أى : وإذا كان الطريق غير نافذ ، وهى السكة المنسدة الأسفل ، وهى مشتركة بين أهليها ، ملك كل إلى بابه ، فليس لأحد أن يؤخر بابه . ووراءه باب لأحد ، إلا من بابه فى آخر السكة ، فإن له تقديمه وتأخيرها ؛ إذ لا شريك له ، ووراء باب من يليه ، وكذلك إشراع الجناح لا يجوز وثم من يشاركه فى الممر ، ويجوز لكل منهم ومن غيرهم إحداث كوة^(١) فى الجدار إلى السكة المنسدة للضوء لا للاستطراق لأن له هدم جداره ، وإنما منع من إحداث باب لما فيه من الدلالة على ثبوت حق الاستطراق ، ويجوز لكل منهم أن يقدم بابه إلى جهة أعلى السكة ، لأنه فى ملكه ، ولا يجوز أن يزيد فيه باباً ؛ لأنه زيادة انتفاع ، فلو كان له داران متلاصقتان ، وباب إحداهما فى سكة لا ينفذ والأخرى إلى الشارع ففتح بينهما باباً منع على الأصح ؛ لأنه يؤدى إلى إثبات حق لتلك الدار الأخرى فى السكة ، فإن هدم الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة جاز ، ولو أراد من منع من فتح الباب ، من أهل السكة وغيرهم فتح باب وسمره^(٢) لم يكن له ذلك على الأصح ، ولا ينتفع أحد من الشريكين فى الحاجز ، وهو الجدار الذى بين ملكيهما ، إذا كان الحاجز مشتركاً وكذلك البيت المشترك إلا بإذن صاحبه فلا يجوز أن يبدأ فيه وتداً ، ولا يفتح كوة ، ولا يضع عليه جذعاً ، إلا بإذن ، ثم الإذن فى المسائل كلها غير ملزم ، بل للآذن

(١) الكوة : أو الطاقة أو النافذة فى الحائط ، وكافها ، تفتح وتضم وجمع المفتوح كوات مثل حبة وحات ، قاله فى المصباح / م .

(٢) يقال : سمرت الباب سمرأ من باب قتل . والتثقيل مبالغة . والمسار ما يسمر به والجمع مسامير . (المصباح) .

الرجوع متى شاء ، وقوله في الحاوى^(١) : وإنما يُشْرَعُ جناحاً إلى قوله بالإذن إلى الرجوع فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق المنع من إشراع الجناح ، وفتح الباب إلا بالإذن ، والصحيح أن من بابه في آخر السكة ، لا يمنع من إشراع الجناح وفتح الباب فيما بينه وبين الباب ، الذى يليه ، لأنه مُخْتَصَرٌ به لا يشاركه فيه أحد .

الثانى : أنه قطع بتجويز فتح باب من داره إلى دار أخرى بابها فى السكة ، والصحيح الذى عليه جمهور العراقيين ، ونقله القاضى أبو الطيب ، عن الأصحاب ، كما نقله فى الروضة^(٢) ، أنه لا يجوز .

الثالث : أنه جَوَزَ فتح الباب فى السكة لمن لا يستحق إذا سَمَرَه ، كما نقله فى الروضة عن الجرجاني ، والشاشي ، وقال إنه أفقه أنه لا يجوز .

وقوله : (فإن خَرِبَ ، لم يُجْبَرْ الْمُهِمِلُ ، وللآخر إعادته ، بخالصة كَشْغَلٍ له ، عليه عُلُوٌّ وَمَنْعَةٌ تَمَلِّكًا وانتفاعاً ، لا سُكْنًى .

أى : وإذا خَرِبَ الحاجز وهو الجدار المشترك الحاجز بين ملكيهما

(١) وفى « فأما يشرع جناحاً وفتح باباً لا أقرب بسد الآخر ولا فى داره من أخرى ولا للملاصق إن سمر ويفتح كوة وينتفع بجدار مشترك بالإذن إلى الرجوع » .

(٢) المراد به المنفق على البناء من ماله ، فلا يلزم الآخر شيء وليس له إجباره كما أشار إلى ذلك المؤلف / م .

لم يكن لأحدهما إجبار الآخر على عمارة نصيبه ، فإذا أراد أحدهما
 عمارته بالمشارك فللآخر منعه من نصيبه ، وإن أراد عمارته من خالص
 ماله لم يكن لشريكه المنع ، وكذلك إذا كان العلو لواحد والسفل للآخر ،
 وامتنع صاحب السفل من إعادته فلصاحب السفل أن يعيده بآلة نفسه
 ويعيد عليه علوه ، ولصاحب البناء منع الآخر من الانتفاع بالبناء
 فلا يَغْرِزُ فيه وتِدًا ، ولا يفتح كَوَّةً ولا يصعد سطحاً ، ويمنعه من
 تملك قدر حصته فإذا بذل لمن بنى ما صرفه لم يلزمه قبوله ، ولو سألَه
 الباني عوض قسطه من البناء لم يلزمه أيضاً فإذا لم تلزمه العمارة
 فكيف عوضها ، ولصاحب السفل أن يسكن في سفلِه لأن العرصة^(١)
 له ، ثم لصاحب البناء أن يهدمه متى شاء وليس للآخر منعه ، وإن بذل
 القيمة ، وإن كان بينهما بيت مشترك فانهدم لم يكن لأحد منهما
 أن يستقل بالبناء بخلاف الحاجز بين ملكيهما أو العلو ، لأنه لا يصل
 ببناء البيت إلى خالص ملكه بخلافهما ، فإن باقى الحاجز يصل ببنائه
 إلى الانتفاع بداره المكشوفة ، وإن صاحب العلو يصل إلى علوه الخالص
 وقوله : فى الحاوى : ولا يلزم الشريك العمارة ولا تركها بآلته ،
 ولا ترك الانتفاع ، فيه أمور :

أحدها : قوله ولا تركها بآلته ، اعترض عليه صاحب التعليق ،
 والبارزى ، وقالوا هذا إذا كان الأس^(٢) خالصا لمن يريد البناء وإلا فهو
 كالألة المشتركة ونقله القونوى ، ولم ينكره ، والحق أن لا اعتراض
 لهم عليه ، فإنهم قد نصوا أن لصاحب العلو أن يبنى السفل بآلته عند

(١) عرصة الدار : ساحتها وهى البقعة الواسعة التى ليس فيها بناء والجمع عراض . (المصباح) .

(٢) الأس والأساس : أصل البناء (اللسان) .

امتناع صاحبه ، وإن لم يكن شريكاً ليصل إلى حقه ، فالجواز لأجل ذلك ، وفي المشترك أولى :

الثاني : قوله ولا ترك الانتفاع ، قال القونوي : إن أراد أن المعيد لا يمنع من الانتفاع فهو على إطلاقه ، قال : لكنه واضح يحتاج إلى بيان ، وإن أراد أن الآخر لا يمنع الانتفاع فليس على إطلاقه ؛ لأن له منفعة من غَرْزٍ وَتَدٍ ، وفتح كوة ، نعم . لصاحب السفّل أن يسكن في سفله لأن العرصة له .

الثالث : قوله : وينتفع بجدار مشترك ، أطلق الجدار ، فدخل فيه الحاجز بين ملكيهما وجدار الدار المشتركة ، ثم قال ولا يلزم الشريك العمارة وهذا عام للحاجز وغيره ثم قال ولا تركها بآلة وهذا خاص بالحاجز بين المالكين ، وبالسّفّل إذا بناه صاحب العلو ، والجدار هو عبارة غيره ، لكنه يفهم من تعليلهم اختصاصه بالحاجز بقولهم ليصل إلى حقه ، وهو في جدار البيت ، لا يصل بالبناء إلى حقه ، لأن لكل منهما منع الآخر من دخوله .

وقوله : (فإن أقرّ شريكٌ وصالح ، شَفَعَ منكراً خصص) .

أى : إذا ادعى رجل على اثنين داراً في يديهما وأقر له واحد وأنكر الآخر وحلف ثم إن المقر صالحه عن نصيبه على مال ، نظرت ، فإن أنكر المنكر كون المدعى مالكا نصيب كل منهما فليس له أن يشفع لاعترافه ببطلان الصلح وإن خصص بالإنكار نصيبه كان له

أن يشفع في نصيب المقرّ ؛ لأنّ الصلح بيع ، وقد أطلق في الحاوى^(١) :
أنّ له الشفعة ، ولا بد من هذا التفصيل ، قلت : وقد اعترض الإسنوى
في المهمات على الرافعي بما ذكره في النكاح فيما إذا ادعى أحد
الشريكين كل الدار ، والآخِرُ أنّها بينهما وصدق المدعى عليه بيمينه
ثم باع مدعى الكل نصيبه من ثالث ، لم يكن لشريك المصدق بيمينه
أن يشفع حتى أن يثبت بملكه ، وقال لا فرق بين المسألتين ، يعنى
لأن المنكر في المسألتين ، إنما صدق بيمينه للدفع عن نفسه لا لإثبات
حق على الغير ، قلت لكن الفرق بين المسألتين ظاهر ، وذلك أنه في
مسألة الصلح ، إنما يثبت لبائعه الملك بإقراره وبما اشتراه تعلق حق
الشريك بالشفعة ، فلا يصح أن يكون إقراره المثبت الحق عليه
لبائعه مثبتاً حقاً له في دفع الشفعة ، وإنما يستوى المعنيان ، لو باعه
من غير المقر ، والله أعلم .

وقوله : (واليدُ في جدارٍ وسَقْفٍ بَيْنَ مِلْكَيْهِمَا لَهُمَا ، أَوْ لِمُخْتَصٍّ
بِتَدَاخُلِ لَبِنٍ لَا يَجِدُّعُ وَنَحْوِ وَجْهِ .

أى : وإذا تداعيا جدارا بين ملكيهما لهما ، أو سَقْفًا بين صاحب
العلو وصاحب السفلى فيه حالان :

أحدهما : أنه لا يكون متصلا ببناء واحد منهما أو متصلا ببناء
كل منهما ، اتصال تداخل وترصيع ، وكان السقف يمكن إحداثه
فاليد في الجدار والسقف لهما .

(١) وفي ح « وإن ادعى على اثنين ملكا وصدق واحد وصالح فللكذب الشفعة » .

الثانى : أن يكون الجدار متصلاً ببناءٍ أحدهما اتصال تداخل ، فهو لصاحبه ، وكذا السقف بأن كان أزجاً^(١) لا يمكن عقده بعد امتداد البناء ، فهو لصاحب السفلى ، ولا اعتبار بالجدوع . فإن الجدار بين المليكين ولم يكن فيه ترصيع وتداخل ولكن عليه جذوع لأحدهما لم يكن دليلاً على الملك ، لأن بعض العلماء يوجب بالجدار وضع الجذوع والاعتبار بالوجه وذلك يكون فى الحوض الذى يكون فيه معاقد القمط ، لبالطاقات والكتابات والنقش ونحوه .

وقوله : (وفى دابةٍ لراكبٍ ، لا قائدٍ ، وأُسُّ لربِّ جدارٍ . وفى عرصةٍ خانٍ لربِّ سفلىٍ وإلى المرقى مُشتركٍ) .

وإذا تنازع اثنان فى دابةٍ وأحدهما راكب والآخر قائد ، فاليد للراكب ، لأن استيلاءه عليها أكثر ، وإذا تنازع صاحب الجدار وصاحب الأرض فى أساس الجدار فهو لصاحب الجدار ولا يقال هلا كان الجدار كالجدوع ؟ والفرق أن من العلماء من أوجب وضع الجذوع على جدار الجار فلعله قضى بذلك والجدار لم يوجب وضعه أحد فى ملك الغير ، وإذا تنازع اثنان فى عرصة خانٍ ، سفله لأحدهما ، وعلوه للآخر ، فالعرصة لصاحب السفلى ، ومن المدخل إلى المرقى ، مشترك بينهما ، سواء كان فى الدهليز ، أو فى وسط العرصة ، فليحمل قوله فى الحاوى^(٢) : والسفلى حيث فى الدهليز المرقى على ذلك : وإن أفهم غيره .

(١) الأزج : بيت يبنى طولاً ويقال له بالفارسية أوستان . وأزجته تأزجياً إذا بنيت كذلك .

والجمع أزج وأزاج . ويقال : الأزج السقف مثل سبب وأسباب (اللسان والمصباح) .

(٢) وفى ح « ولصاحب الجدار والسفلى حيث فى الدهليز المرقى » .

الحوالة

وقوله : (باب ^(١)) : **صِحَّةُ حَوَالَةٍ** ، بإيجاب مَحِيلِ بدين ^(٢) على دَيْن ، يَغْتَاضُ عَنْهُمَا ، لا على نجم كتابة ، وقبول مُحْتَال .

أى : إنما تصح الحوالة بالإيجاب والقبول من المحيل والمحتال ، ولا حاجة إلى رضا المحال عليه ، وبأن تكون الدين المحال به والمحال عليه مما يجوز الاعتياض عنه ، فتصح الحوالة بالثمن وعليه - وإن كان في مدة الخيار - حيث يجوز الاعتياض عنه ، وإن كان غير لازم ، فإن أصله اللزوم وتجاوز الحوالة بثمن المبيع قبل القبض ، وعليه فإنه يجوز الاعتياض عنه كالأجرة والصدّاق وبدل الخلع ، وكالقرض والإتلاف ونحوها ، وأما المسلم فيه فلا يجوز فيه الحوالة به ولا عليه ، وإن كان ديناً لازماً ، لأنه لا يجوز الاعتياض عنه ، وكذلك مال الجُعالة ^(٣) قبل تمام العمل ؛ لأنه لا يجوز الاعتياض عنه قبل لزومه ، وإنما يلزم بتمام العمل ، وأما مال الكتابة ^(٤) فلا يجوز للسيد

(١) في الحوالة : هي بفتح الحاء أفصح من كسرهما من التحول والانتقال وشرعاً عقد يقضى نقل دين من ذمة إلى ذمة ، وتطلق على انتقاله من ذمة إلى ذمة أخرى ، ويسن قبولها على مئة باذل لا شبهة في ماله ، للأمر به ، وصرفه عن الوجوب الذي قاله به أحمد ، القياس على سائر المعامضات ، والأصح أنها بيع دين بدين جواز الحاجة ومن ثم لم يشترط تقابضهما في المجلس وإن كانا ربويين ، وأركانها ستة : محيل ومحتال ومحال عليه ودينان وصيغة ولكل شروط تأتي ، ف والأصل . فيها حديث الشيخين « مطل الغنى ظلم وإذا أتبع أحدكم على مئة فليتبّع » وفي رواية وإذا أحيل أحدكم فليحتل ، لأحمد ص ٢٣٦ - ٥ نيل الأوطار .

(٢) بدين مثل أو متقوم لازم ولو في أصله ، كائناً في مدة الخيار ، وإن لم ينتقل عن ملك المشتري ، إذا تخيرا ، أو البائع ، ولتوسعهم هنا في بيع الدين بالدين اغتفروا ذلك ، مع إبطالهم بيع البائع الثمن المعين في زمن خياره ، ف . (٣) الجمل : (بالضم) الأجر يقال : جعلت له جملاً . والجعالة (بكسر الجيم وضمها) ما جعلته للإنسان على عمله . (اللسان والمصباح) .

(٤) في اللسان (كتب) قال ابن الأثير « الكتابة أن يكتب الرجل عبده على مال يؤديه إليه منجماً فإذا أداه صار حراً . قال : وسميت كتابه بمصدر كتب لأنه يكتب على نفسه لمولاه ثمه ، ويكتب لمولاه له عليه العتق » .

أَنْ يُحِيلَ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ غَيْرَ لَازِمٍ لِمَنْ عَلَيْهِ وَقَدْ اسْتثنَى ، وَأَمَّا الْمَكَاتِبُ^(١) فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يُحِيلَ بِهِ السَّيِّدَ عَلَى مَنْ لَهُ عَلَيْهِ دِينَ ، لِأَنَّهُ لَازِمٌ لِهَـمَا يَجُوزُ أَنْ يَعْتَاضَ عَنْهُ مِنْ غَيْرِهِ : وَقَوْلُهُ فِي الْحَاوِي : شَرْطُ الْحَوَالَةِ رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ وَبُثْبُوتُ دِينٍ لَازِمٌ أَوْ أَصْلُهُ اللَّزُومُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، فِيهِ أُمُورٌ :

أَحَدُهَا : أَنَّهُ لَمْ يَذْكُرِ الْإِيجَابَ فِي الْحَوَالَةِ ، وَذَكَرَ رِضَا الْمُحِيلِ وَالْمُحْتَالِ ، وَرِضَاهُمَا مِنْ لَازِمِ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ ، وَلَيْسَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ مِنْ لَازِمِهَا .

الثَّانِي : قَوْلُهُ وَبُثْبُوتُ دَيْنٍ لَازِمٌ ، مُقْتَضَاهُ صَحَّتْهَا عَلَى دِينِ السَّلَامِ ، لِأَنَّهُ لَازِمٌ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِهِ وَلَا عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْاِعْتِيَاظُ عَنْهُ .

الثَّالِثُ : أَنَّهُ لَمْ يَقْيِدِ الدِّينَ الْمُحَالُ بِهِ بِاللَّزُومِ ، وَأَوْهَمَ يَجُوزُ لِكُلِّ دِينٍ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ ، فَإِنَّ دِينَ الْجُعَالَةِ قَبْلَ اللَّزُومِ لَا تَجُوزُ الْحَوَالَةُ بِهِ وَإِنَّمَا أَغْفَلَهُ الْمُصَنِّفُ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ دَيْنَ الْكِتَابَةِ غَيْرَ لَازِمٍ ، وَقَدْ جُوزُوا لَهُ أَنْ يُحِيلَ بِهِ السَّيِّدَ فَلَمْ يَطْرُدْ لَهُ الدِّينَ اللَّازِمَ فِيهِ وَالتَّقْيِيدَ بِاللَّازِمِ مَنْقُوضٌ فِي الْحَالَتَيْنِ .

الرَّابِعُ : أَنْ قَوْلُهُ : أَوْ أَصْلُهُ اللَّزُومُ : يُوْهَمُ جَوَازَ الْحَوَالَةِ بِالثَّمَنِ فِي مَدَّةِ الْخِيَارِ مُطْلَقًا وَلَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ ، بَلْ كَمَا ذَكَرَهُ فِي التَّتَمَّةِ

(١) الْمَكَاتِبُ : الْعَبْدُ يَكَاتِبُ عَلَى نَفْسِهِ بِشَيْءٍ ، فَإِذَا سَمِيَ وَأْدَاهُ عَتَقَ (اللسان)

وغيرها حيث يجوز الاعتياض على الثمن ، وإذا أحال المشتري
البائع بالثمن على أجنبي في مدة الخيار صحت الحوالة على الصحيح
مطلقا ، لأن البائع باع من المشتري الثمن الذى له في ذمته بالدين
الذى للمشتري في ذمة الأجنبي ، والمشتري باع الدين الذى له في ذمة
الأجنبي بالثمن الذى للبائع في ذمته . فهو كما لو باع من له الخيار
المبيع في مدة الخيار ، لأن الحق لا يعدوهما ، ولأن تراضيهما
على الحوالة اختيار لإمضاء العقد أما إذا أحال البائع الأجنبي على
المشتري في مدة الخيار فإن كان الخيار للبائع وحده فحوالته عليه
تقع إجازةً وبيعاً على الأصح ، لأنه لا حق للمشتري في الخيار ،
وإن كان الخيار لهما أو للمشتري لا يصح ، نعم إذا أذن له المشتري
صح على الأصح ، كما إذا أذن البائع للمشتري في بيع المبيع من
غيره ، هذا مقتضى ما أشار إليه صاحب التتمة ، فإنه قال : إذا
قلنا الحوالة معاوضة فقد ذكرنا حكم التصرف في زمن الخيار وحكم
الثمن وحكم المبيع انتهى . قلت ، وهذا حكم المبيع في زمن الخيار في
العزير والروضة لكنهما حكما بأن المبيع إجازة على الأصح ،
وهنا في الحوالة ذكرنا خلافاً في كونها إجازة ونقلنا عن الإمام
والغزالي ، أنها لا تكون إجازة ، بل لو اتفق فسخ البيع انقطعت
الحوالة وهى مباين لما سبق في البيع ، إلا أن يكون الإمام فرّع
على أنها ، استيفاء .

وقوله : (وبتساو^(١) في الدينين ، عِلْمَاهُ ، قدراً وصفة ، كحلول
وصحة) .

أى : إنما تصح الحوالة ، إذا استوى قدر الدينين ، بأن
يحيل لك مثلاً عشرة على عشرة ، لا بأكثر ولا بأقل . وهذا معنى قوله
بتساو في الدينين قدراً ، ويشترط أن يتساويا جنساً وصفة ، فلا يحيل
بذهب على فضة ، ولا بذرة على حنطة ، ولا يحيل مكسراً على صحيح
ولا عكسه ، ولا بحال على مؤجل وعكسه ، ولا جيد على ردىء ولا
عكسه ، وقد اقتصر في الأصل على ذكر الصفة ؛ لأنها تستلزم اتحاد
الجنس ، ويشترط أن يعلما استواءهما لأنهما معاوضة فلا بد أن
يعلما قدر العوضين ، فإن قيل : إذا كانت معاوضة فلم اشترطتم
فيها استواء القدر في غير الربوى ، قلنا لأن الحوالة عقد إرفاق
أجيز للحاجة فاشترط فيها التساوى كالقرض .

وقوله : (فتصح بنجم كتابة) .

أى : وإذا أحوال المكاتب السيد بنجم^(٢) الكتابة صح ، لأنه حق
يجوز للسيد الاعتياض عنه من المكاتب فجازت حوالة له به على
سائر الديون ، ولو أراد السيد أن يحيل أجنبياً على المكاتب لم يجز
لأنه لا يجوز أن يبيع دين المكاتب على أجنبي ، وكذلك الحوالة به .

(١) أى جنساً وقدراً وكذا حلولا وأجلا وصحة وكسراً ولذا قال فلا يحيل بذهب على فضة . . . الخ / م .
(٢) تنجم الدين : هو أن يقدر عطاؤه في أوقات معلومة متتابعة مشاهرة أو مساناة ومنه تنجم المكاتب ونجوم
الكتابة . وأصله أن العرب كانت تجعل مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت حلول دينها وغيرها ، فنقول :
إذا طلع النجم حل عليك مالى ، أى الثريا وكذا باقى المنازل . (اللسان .. نجم) .

وقوله : (وَبِتَحَوُّلِ الْحَقِّ عَلَى الْمَحَالِّ عَلَيْهِ ، فَلَا يُرَدُّ بِفَلْسٍ وَإِنْ قَارَنَ ، وَلَا بِجَحْدٍ) .

أى : وإذا جرت الحوالة بشروطها برئت ذمة المحيل وصار الحق فى ذمة المحال عليه فلا يعود بفلس المحال عليه^(١) ، سواء كان الفلاس حادثاً أو قارناً ، وسواء شرط الملاءة أم لا ، وكذلك لا يعود إذا جحده المحال عليه ؛ لأن براءة الذمة قد حصلت بصحة الحوالة المشروطة فيها علم المحتال بالدين فهو المقصر .

وقوله : (وَبَطَلَتْ بَرْدُ الْمَبِيعِ ، وَلَوْ بِإِقَالَةٍ ، إِنْ أَحَالَ مُشْتَرٍ لَبَائِعٍ ، وَلَغَتْ إِنْ اسْتَحَقَّ وَإِلَّا حَلَفَ مُحْتَالٌ جَعْدٌ) .

أى : وإذا اشترى عبداً وأحال المشتري البائع بثمنه على أجنبي ثم انفسخ البيع ورد المبيع ، إما بخيار أو عيب أو تحالف ، أو إقالة ، فإنه تنفسخ الحوالة بذلك على المذهب وإن كان البائع هو المحيل على المشتري ، لم تنفسخ الحوالة بذلك على المذهب لتعلق حق الثالث بها فيطالبه الثالث . فإذا سَلَّمَ المشتري رجع إلى البائع ، وإن بان العبد المبيع مستحقاً أو حراً ، كأن أثبت بأن لا حوالة ، وأن الدين ملك للمحيل ، وزكاته عليه ، فإن ادعى العبد الحرية ، وصدقه المحيل ، والمحال عليه ، وأنكر المحتال فالقول قوله بيمينه ، وقوله فى الحاوى وينفسخ بثبوت حرية المبيع ، مقتضاه ، أنه انعقدت ثم تنفسخ ، فليس كذلك ، لأنه بان أن لا عقد ، بخلاف ما إذا رد المبيع ، فإنه إنما يبطلها ما حدث من الرد

(١) فهو كمن اشترى شيئاً ثم وجد نفسه مغبوناً فيه ، فهو مقصر ، وقيل له الرجوع إن شرط يساره / م .

الضمان

وقوله : (باب ^(١)) . صَحَّ مِنْ أَهْلِ تَبَرُّعِ ضَمَانٍ ، وَلَوْ عَنْ مَيْتٍ ^(٢) مُفْلَسٍ ، وَضَامِنٍ ، وَشَرَطِ تَأْجِيلٍ وَحُلُولٍ ، وَلَا يَحِلُّ) .

أى : يصح الضمان ^(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم « العارية مُؤَدَّاةٌ ، والدين مَقْضِيٌّ ، والزعيم غارمٌ » ولا يصح إلا مِنْ ضَمَانٍ مَنْ يَصِحُّ تَبَرُّعُهُ ، فلا يصح ضمان صبي ولا مجنون ونحوه ، ولا محجور عليه لفسه ، ولا معتوه وإن أذن له ، وضمان المفلس كاشترائه في الذمة ، ويصح الضمان عن الميت مطلقاً ، وإن مات مفلساً ، لأن ميتاً كان عليه درهمان ، فامتنع ^(٤) النبي صلى الله عليه وسلم مِنَ الصَّلَاةِ

(١) في الضمان هو لغة الالتزام ، وشرعاً : يقال الالتزام دين ثابت في ذمة الغير ، أو إحضار من يستحق حضوره أو عين مضمونة ، ويقال للعقد الذي يحصل به ذلك ، وأركانها في ضمان الذمة خمسة : ضامن ، ومضمون عنه ، ومضمون به ومضمون له ، وصيغة ، الأول الضامن ، وشرطه ليصح ضمانه صحة عبارته ، ومن ثم قال / ف ومنه يعلم أن شرط الضامن ١ - التكليف ، ٢ - الاختيار ، ٣ - صحة التصرف ، وصحة العبارة تكون بمجموع هذه الثلاثة / م .

(٢) وأما الركن الثاني المضمون عنه فلا يشترط فيه رضا ، ولا أن يكون له مال بل يصح الضمان ولو عن لم يعرف عينه / ف .

(٣) الأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) آية ٧٢ من سورة يوسف . وهذه وإن كانت في شرع من قبلنا إلا أنه ورد في شرعنا ما يؤيده وهو قوله عليه الصلاة والسلام « العارية مؤداة والزعيم غارم » رواه أبو داود والترمذي وحسنه وأخرجه ابن حبان في صحيحه بهذا اللفظ ، وفي البخاري « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بجنابة فقالوا يارسول الله صل عليها قال هل ترك شيئاً ؟ قالوا لا ، قال عليه دين قالوا ثلاثة دنائير ، قال : صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة رضي الله عنه صل عليه يارسول الله وعلى دينه فصل عليه وفي رواية للنسائي « أنا الكفيل به » ص ٢٣٧ - هـ نيل الأوطار .

(٤) روى أحمد وأبو داود والترمذي « عن جابر قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يصل على رجل مات عليه دين فأتى بميت فسأل عليه دين ؟ قالوا نعم ديناران ، قال صلوا على صاحبكم فقال أبو قتادة هما على يارسول الله : فصل عليه ، فلما فتح الله على رسوله صلى الله عليه وسلم قال : أنا أول بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً فعلى ، ومن ترك مالا فلورثته » ص ٥٠ ج ٣ بلوغ المرام وعند الدارقطني والبيهقي بأسانيد قال الحافظ إنها ضعيفة بلفظ « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنابة فلما نعت قال صلى الله عليه وسلم هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا نعم درهمان قال صلوا على =

عليه ، فقال على رضى الله تعالى عنه : أنا ضامنٌ بهما فصلى عليه
النبي صلى الله عليه وسلم ، وإنما لم يصل عليه ، لأنَّ صلاته موجبة
للمغفرة ، وكان هذا في أول الإسلام ، قبل اتساع الأموال ، فلما
حصلت الفتوح قال صلى الله عليه وسلم « أنا أولى بالمؤمنين من
أنفسهم من خلف مالا فلورثته ، ومن خلف كلاً ودِيناً ، فكلُّهُ إلى
ودَيْنُهُ عِلىّ ، فقليل وعلى كل إمام بعدك ، فقال : وعلى كل إمام
بعدى » وفهم من صحة الضمان عن الميت ، أنه لا يشترط إذن
المضمون عنه ، لأنَّ قضاء دين الغير بغير إذنه جائز . وكذا لا يشترط
معرفة ، ويصح الضمان عن الضامن والضامن به ، وهلم جرا ، وإن
ضمن الحال مؤجلاً ، أو زاد في الأجل صح ، واتبع الشرط ، وإن
ضمن المؤجل حالاً ، صح ولغا الشرط .

وقوله : (بدَيْنٍ ثابت ، لا نفقة غدٍ^(١)) ، لازم ولو فى أصله ،
معلوم أو إبل دية) .

أى : يصح ضمان الدين قطعاً ، وأما غيره فسيأتى الكلام عليه ،
ويشترط أن يكون ثابتاً ، فلا يصح ضمان ما سيثبت بإقراض
ونحوه . ولا يصح ضمان نفقة الغد ، وشهر مستقبل على قولنا تجب
النفقة بالتمكين ، وهو الأظهر ، لأنها لم تجب بعد وأما ضمان
نفقة اليوم فيصح لأنها تجب بطلوع الفجر كالمدة الماضية ، ويشترط

= صاحبكم ، فقال على عليه السلام يارسول الله هما على وأنا لما ضامن فقام يصلى ثم اقبل على على عليه السلام فقال جزاك الله
خيراً عن الإسلام وفك رهائك كما فككت رهان أخيك مامن مسلم فك رهان أخيه إلا فك الله رهانه يوم القيامة فقال بعضهم
هذا امل خاصة أم للمسلمين عامة فقال بل للمسلمين عامة « نيل الأوطار للشوكاني ص ٢٣٨ - ٥
(١) خرج بنفقة الغد ، نفقة اليوم وما قبله لوجوبها ، ف .

أن يكون الدين المضمون به لازماً^(١) ولا يشترط استقراره ، بل يصح ضمان الصداق قبل الدخول للزومه ، وأما غير اللازم فإن كان أصله الجواز كالكتابة والجعل قبل الفراغ ولو بعد الشروع ، لم يصح ضمانه ، ويلحق بذلك ديون السيد على المكاتب فإن كان أصله اللزوم ، كالتمن في مدة الخيار صح ضمانه . ويشترط أن يكون معلوماً ، فلا يصح ضمان المجهول ويصح ضمان إبل الدية وإن جهل وصفها لأنها معلومة العدد والسن ، وقد صير الشَّرْع الرجوع إلى غالب إبل البلد في حقها قائماً مقام الوصف ، فأُلْحِقت بالمعلوم ، ولا يصح ضمانها عن العاقلة قبل الحلول . وقوله : (عَرَفَ رَبَّهُ) .

أى : يشترط أن يعرف الضامن المضمون له ، فإنه رب الدين ، لأن الناس تختلف في المساهلة ، فالضمان قبل المعرفة بالشخص دخول على غرر^(٢) ، لا حاجة إليه ، فلم يصح .

وقوله : (كالإبراء ، فَمِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةِ تِسْعَةٍ كَالْإِقْرَارِ^(٣)) .

(١) شروع في شروط الركن الثالث ، وهو المضمون به فلا بد أن يكون ديناً لازماً ولا يشترط أن يكون مستقراً ولذا صح ضمان الصداق قبل الدخول للزومه قال صاحب فتح الجواد وإنما يصح الضمان بدين ولو منفعة ثابتة في الذمة وتعبير أصله بحق أظهر في شموله ، وإن كان مترضاً لشموله لنحو حد القذف والشفعة والقود والعين أيضاً وهو غير صحيح إذ هو إثبات مال في الذمة بمقد البيع فلا يصح بما لا يتبرع به مما ذكر ، وضمان العين من باب الكفالة فلا تضمن إن تلفت وثابت أى واجب حال الضمان ، لا بما سيجب كدين قرض أو بيع سيقع ونحو نفقة غد / ف . والركن الرابع المضمون له : وهو رب الدين فيشترط الصحة ضمان الدين أن يكون الضامن قد عرف ربه بعينه وإن لم يعرف نسبه لتفاوت الناس في الاستيفاء تميلاً وتشديداً ، والركن الخامس للضمان الشامل للكفالة أن يقع بصيغة التزام لتدل على الرضا ، وأراد بها ما يشعر بالالتزام فيشمل اللفظ الصريح والكفاية ومنها الكتابة مع النية وتشمل إشارة الأخرس المفهمة ونحوها / ف .

(٢) يقال : غرر بنفسه وماله تفريراً : عرضها للهلكة من غير أن يعرف . والغرر : الخطر في البيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء . وقيل بيع الغرر المنهى عنه ما كان له ظاهر ينير المشتري وباطن مجهول .

(٣) وإنما وقع الطلاق الثلاث في أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لأن الطلاق محصور في عدد والظاهر استيفاءه قالة في المنهاج / م .

أى : يشترط أن يكون الدين الذى يضمن به معلوماً ، كما يشترط أن يكون الدين الذى يُبرئ عنه معلوماً ، فإن ضمن عنه أو أبرأه ، عن مجهول لم يصح فإن جهل قدره ، وأنه لا يبلغ العشرة فقال ضمننت لك أو أبرأتك من واحدٍ إلى عشرة برئ من تسعة ودخل الأول لأنه ابتداءً منه ، ويخرج العاشر ، لأن إبراءه ينتهى إليه ، وكذلك فى الإقرار ، فقال على من واحدٍ إلى عشرة ، لزمه تسعة ، ويصح الإبراء عن إبل الدية ، ويشترط أن يعرف من يُبرئه ، لأنه تمليك ، فلو قال أبرأت أحدكما لم يصح ، هذا ما اقتضاه كلامه فى الروضة ، أنه تمليك ، ومقتضى كلامه فى الوكالة إسقاط ، وقال فى الرجعة إنه من زياداته ، المختار أنه يطلق ترجيح واحد من القولين ، وإنما يتخلف الراجح بحسب المسائل لظهور دليل أحد الطريقتين .

وقوله : (وضمان درك ، ودرك رداءة ، ونقص صنجة ، وعيب وفساد قبل قبض ثمن ومطلقه لما استحق) .

أى : ويصح ضمان الدرك^(١) ، وهو أن يشتري ويخشى أن تخرج مستحقة ، فيذهب عليه الثمن ، فيتدارك له رجل بالثمن إن خرج مستحقاً ، وجواز ذلك للحاجة وإن كان حالة الضمان بجهل وجوب ما يضمن به . وكذلك درك الرداءة ونقص الصنجة على الأصح ، سواءً ذلك فى المبيع أو فى الثمن لأن الحاجة تدعو إليه ، وكذلك درك العيب والفساد ، فإن خشى كونه معيباً ، أو كون العقد فاسداً بسبب غير الاستحقاق كفقد شرط ونحوه ، فإنه ، يصح فى هذا كله ، فلو

(١) فى اللسان (درك) : الدرك يسكن ويحرك : الحق من التبعة ومنه ضمان الدرك فى عهدة البيع .

أطلق وقال ضمننت لك دَرَكَ هذا المبيع ، فالأصح أنه يختص بما إذا خرج مستحقاً ، ولابد من التصريح فيما سوى ذلك ، ويشترط لصحة ضمان الدرك وما بعده أن يكون بعد قبض الثمن إن كان المدرك به هو الثمن أو بعد قبض المبيع ، فإذا كان المتدارك به هو المبيع فلا يصح الضمان به قبل ثبوته ، وقوله في الحاوى : بحق ثابت عرف من له كالدرك بعد قبض الثمن والرداءة والعيب والفساد ونقصان الصنعة ، وسلّمها ضمان الدرك ، فيه أمور :

أحدها : بحق ثابت والحق يشمل الدين والعين ، وضمان العين ملحق بباب الكفالة لا يضمن إن تلفت على الأصح ، بخلاف الدين .

الثاني : قوله في الدرك ، قال القونوي أى صح الضمان ، بحق ثابت كما صح الدرك ، وإن لم يكن بحق ثابت ، انتهى ، وليس كذلك فإن الدرك ضمان بحق ثابت لأنه إذا خرج المبيع مُسْتَحَقّاً ، بان العقد باطلا . فالثمن حق ثابت للمضمون له من حين ضوّن ، وإنما جهل كونه حقاً ثابتاً عند الضمان ، والجهل به لا يخرج عن كونه حقاً ثابتاً ، ألا تراه لا يصح ضمانه قبل قبض الثمن ، وإنما عدل صاحب الحاوى إلى قوله حق ثابت ليشمل ضمان الدرك ، لأنه إذا استحق المبيع فالثمن عين المشتري لا دين ، فيشمّله قوله حق ثابت وكذلك العيب والرداءة ، لأن المضمون له مُسْتَحَقٌّ لسلطة الرد من حين الضمان ، والرد يترتب عليه استحقاق الثمن فيصح ضمان عهده ألا تراه لو ضمن درك العيب والمبيع سلّم ، ثم حدث قبل القبض لم يلزم الضامن عهده ، وإن لزم البائع ، لأنه لم يكن حقاً ثابتاً عند الضمان .

الثالث : أَنَّهُ قدم قوله : بعد قَبْضِ الثمن على قوله الرداءة والعيب والفساد وَنَقْصِ الصَّنْجَةِ فَأَوْهَم أَنَّهُ لا يشترط أَن يَجْرِيَ في هذه بعد قبض الثمن ، ولا فرق في ذلك كله ، لأنَّ العهدة متعلقة بالثمن في جميع الصور .

الرابع : وقوله وتسلمَهَا ضَمَانُ الدرك ، قال ابن النحوى هذا وجه مرجوح ، فإنَّ الرافعى قال في الشرح الصغير ، والأقرب عدم اندراج هذه الصور في ضمان الدرك ، ولم يرجح شيئاً في الكبير ، قلت ومقتضى كلام أكثرهم اشتراط التصريح بها .

وقوله : (وكفالة بِيَدِنِ ، من الآدمى حضوره ، ولو ميتاً ، ولا ينبش ، وكفيلاً ، ومنكراً ، لا مكاتباً لنجم) .

أى : وصحت الكفالة ببدن من يستحق الآدمى حضوره عند الاستدعاء إلى مجلس الحكم ، أما من عليه حدٌ لله تعالى ، فلا تصح الكفالة لأنَّ حقوق الله تعالى تبني على المسامحة ، وسواء استحق حضوره لمال أو قِصاص أو حدٌ قذف ، ولو مات المكفول ببدنه أو كفل به ابتداء ، وطولب بإحضاره ليقيم على شخصه شهادة لزمه ما لم يدفن ، فإن دفن لم ينبش ، وإذا ادَّعى عليه حق فسكت صحت الكفالة ببدنه ، وكذا إذا أنكر على الأصح لأنَّ حضوره مستحق لسماح البيِّنة ونحوها ، ولأنَّ معظم الكفالات تقع قبل ثبوت الحق عند الحاكم ، وتصح

الكفالة ببدن الكفيل ، لأنَّ حضوره يستحق ، ولا تصح الكفالة ببدن المكاتب لأجل مال الكتابة ، لأنَّه غير لازم .

وقوله : (أَوْ بِجُزْءٍ حَتَّى ، لا يبقى دونه ، إن رضى) .

أى : وتصح الكفالة ببدن من عليه الحق وكذا الجزء لا يبقى دونه كالروح والنفس والرأس ، وثلثه أو رבעه ، أما إذا كفل بما يبقى دونه كيده أو رجله لم تصح الكفالة ، ولا تصح الكفالة به إِلَّا إِنْ رَضِيَ أَوْ وَلِيهِ إِنْ كَانَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ أَوْ وَارَثَهُ إِنْ كَانَ مَيْتًا كَمَا نَقَلَهُ فِي الْمَهْمَات^(١) عَنْ ابْنِ الرَّفْعَةِ ، وَلَا تَصَحُّ الْكِفَالَةُ بِجُزْءِ الْمَيْتِ ، وَتَصَحُّ بِبَدَنِ الصَّبِيِّ وَالْمَيْتِ فَقَدْ يَسْتَحِقُّ إِحْضَارَهُمَا لِتَقَامِ الشَّهَادَةُ عَلَى صَوْرَتِهِمَا فِيمَا إِذَا أَتَلَفَ الصَّبِيُّ وَفِيهَا إِذَا تَحْمَلَ الشَّهَادَةُ عَلَى الْمَيْتِ مِنْ لَا يَعْرِفُ اسْمَهُ ، فَيَطَالِبُ الْوَارِثَ وَالْوَلِيَّ إِحْضَارَهُمَا .

وقوله : (وَبِعَيْنٍ مَضْمُونَةٍ) .

أى : وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة كالمغصوب والمستعارة والمأخوذة على وجه السَّوم^(٢) فَإِنْ هَذِهِ تَصَحُّ الْكِفَالَةُ بِإِحْضَارِهَا ، فَإِنْ تَلَفَتْ فَلَكُمَا لَوْ مَاتَ الْمَكْفُولُ بِهِ لَا يَجِبُ الْغُرْمُ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَقَوْلُهُ فِي الْحَاوِي : وَعَيْنٌ تَلْزَمُ مَوْنَةً رَدَّهَا : قَالَ صَاحِبُ التَّعْلِيْقِ : إِنَّمَا قَالَ

(١) المهملات شرح الروضة للإسنوى

(٢) السوم : عرض السلعة على البيع .

وَعَيْنٌ يَلْزِمُ مَوْئِنَهُ رَدُّهَا وَلَمْ يَقْلَعْ عَيْنٌ يَلْزِمُ رَدُّهَا لِأَنَّ مَا يَلْزِمُ رَدُّهُ إِذَا لَمْ
يَكُنْ لِرَدِّهِ مَوْئِنٌ كَالدِّرَاهِمِ لَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهَا قَالَ : وَالْحَاصِلُ ، أَنَّ
كِفَالَةَ الْعَيْنِ إِنَّمَا تَصِحُّ إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ وَكَانَ لِرَدِّهَا
مَوْئِنٌ ، انْتَهَى ، وَهَذَا الشَّرْطُ الثَّانِي لَا يُعْرَفُ لغيرِهِ بَلْ لَوْ اقْتَصَرُوا عَلَى
أَنْ تَكُونَ مَضْمُونَةً فَقَطْ ، وَإِنَّمَا قَالَ يَلْزِمُ مَوْئِنَهُ رَدُّهَا وَلَمْ يَقْلَعْ يَلْزِمُ
رَدُّهَا لِأَنَّ الْوَدِيعَةَ يَجِبُ رَدُّهَا لَا بِمَوْئِنَةٍ بَلْ بِالْتِمَكِينِ فَأَرَادَ الْإِحْتِرَازَ
مِنْهَا وَمِمَّا فِي مَعْنَاهَا لِأَنَّهَا لَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِهَا .

وقوله : (وَبَرَى بِإِحْضَارٍ وَلَوْ لَوَارِثٍ ، وَبِحَضْرِهِ عَنْهُ ، بَلَا حَائِلٍ
حَيْثُ شَرْطٌ ، وَإِلَّا فَحَيْثُ كُفِّلَ) .

أَي : وَيُتَبَرَأُ الْكَفِيلُ بِإِحْضَارِ الْمَكْفُولِ بِهِ ، إِلَيْهِ ، أَوْ إِلَى وَارِثِهِ
إِنْ مَاتَ ، وَيَجِبُ إِحْضَارُهُ إِلَى الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ حَالُ الْكِفَالَةِ ، وَإِنْ لَمْ
يُعَيَّنْ مَكَانًا فَحَيْثُ كُفِّلَ ، وَلَوْ أَحْضَرَهُ فِي مَكَانٍ آخَرَ جَازَ قَبُولُهُ
وَلَمْ يَجِبْ إِنْ كَانَ لَهُ غَرَضٌ بِأَنْ كَانَ يَجِدُ فِي الْمَكَانِ الْمُسْتَحَقَّ مِنْ يَعِينِهِ
عَلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَرَضٌ وَجِبَ قَبُولُهُ ، وَكَذَا إِذَا أَحْضَرَ الْمَكْفُولُ
بِهِ وَسَلَّمْ نَفْسَهُ عَنِ الْكَفِيلِ بَرَى الْكَفِيلُ ، وَإِنَّمَا يَبْرَأُ بِتَسْلِيمِهِ أَوْ بِتَسْلِيمِ
الْمَكْفُولِ بِهِ نَفْسَهُ عَنِ الْكَفِيلِ إِذَا سَلَّمَهُ ، وَلَيْسَ هُنَاكَ حَائِلٌ يَمْنَعُ
تَسْلِيمَهُ ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ حَائِلٌ يَمْنَعُهُ مِنْ تَسْلِيمِهِ كَيْدُ غَالِبَةٍ لَمْ يَجْزِ
إِحْضَارُهُ ، وَإِنْ أَحْضَرَهُ أَجْنَبِيٌّ لَهُ بِإِذْنِ الْكَفِيلِ وَجِبَ الْقَبُولُ ، أَوْ
بغيرِ إِذْنِهِ لَمْ يَجِبْ ، فَإِنْ قَبِلَهُ بَرَى .

وقوله : (فإن مات^(١) أو هرب ، أو تَسْتَرَّ ، فلا غُرْم ، وفسدت إن شُرط^(٢)) .

أى : وإذا مات المكفول به ودفن أو هرب إلى مكان لا يعلمه الكفيل ، وكذا إذا تَسْتَرَّ في البلد ولم يعلم أين هو فقد تعذر إحضاره فلا يحبس الكفيل ولا يغرم على الصحيح ، فإن شرط الغرم بطلت الكفالة .

وقوله : (وإن ظهر ببلد ، أمهل مدة ذهابٍ وَعَوْدٍ ، ثم حُبِسَ) .

أى : وإن هرب المكفول ببدنه أو غاب ، ثم علم في بلد في حد القرب^(٣) ، وكذا في حد البعد على الأصح ، فَإِنَّا نُمِهلُ الكفيل مدة ذهابه وعودة منه ، فإن أحضره فذاك وإلا حبس .

وقوله : (بصيغة^(٤) التزام كَضَمِنْتُ ، التَزَمْتُ ، تَكَفَّلْتُ ، بمالك على فلان وَكَفَّلْتُ ببدنه ، وأنا بالمال ، أو بإحضاره ، أو ببدنه ، كَفِيلٌ أو زَعِيمٌ ، ونحوه ، لا أو أودى أو أحضر) .

أى : ويكون الضمان ، بصيغة مُلْزِمة ، كضمنت مالك على فلان أو إحضار فلان ، أو تقلدته ، أو تكفلت به أو تحملته ، أو ألزمته

(١) أى الكفيل بطلت الكفالة ، إذ لا مال هنا يبقى بعد موته ، حتى تبقى هي تيمناً له ، وبه فارق موت المكفول له والمكفول وإن تخلف وفاء ، أو هرب إلى محل لا يعلمه الكفيل أو تَسْتَرَّ أو اختفى بمحل لا يعلمه الكفيل فلا حبس ولا غرم عليه لأنه لم يلتزم المال / ف .

(٢) أى إن شرط الغرم في عقدها ، لأنه شرط يتأق مقتضاه ، وفسد أيضاً التزام المال ، لأنه صير الضمان معلقاً ، فإن لم يشرط ككفلت بدنه ، فإن مات فعلى المال ، فالذى ينتج ، أنه إن أراد الشرط ووافقه فذلك وإلا فسد الالتزام فقط / ف .

(٣) حد القرب وحد البعد تقدم معناه في التيمم .

(٤) الركن الخامس الصيغة وتقدم وقد أخذ في شروطه من كونه لفظ صريح أو كناية ملزم إلخ / م .

وَكَفَلْتُ ببدن فلان ، وأنا ببدنه أو بمالك أو بالعين أو بإحضارها كفيل أو زعيم أو حميل ، أو قبيل ونحوه ، وليس قوله أَوْدَى هذا المال ، أو أحضر هذا الشخص ، ضمانا ولا كفالة ، بل وعد لا يلزم وقوله في الحاوى : بلفظ الالتزام فخرج به الخط وإشارة الأخرس ، والضمن بهما يَنْعَقِدُ^(١) .

وقوله : (وبطل بشرط براءة أصيل ، وخيار للمضمون له ، وتعليق وتأقيت كالإبراء ، لا تأجيل إحضار علم) .

أى : ويبطل الضمان ، إذا شرط فيه براءة الأصيل ، لأنه يخالف ما اقتضى العقد ، وبطل شرط الخيار للضامن . أما المضمون له فلا يضر ، لأنه مقتضى العقد ، ولو علقه بزمان كضمنت لك إذا جاء رأس الشهر ، وبغيره كقدوم زيد لم يصح ، وكذا إذا وقته ، كضمنت لك شهرا ثم لا ضمان ، وهو كالإبراء ، فإنه لا يصح شرط خيار ، ولا تعليق ولا تأقيت ، وإن كفل بإحضار الشخص ، مؤجلة إلى أجل معلوم لا مجهول صح ، وقوله في الحاوى : وخيار مقتضاه أنه يبطله كل خيار وليس على إطلاقه ، بل شرط الخيار للمضمون له لا يضر كما ذكره في العزيز والروضة ، وإن كان كلام المسمى • يوهم خلافه .

وقوله : (وطولبا ، وإن أبرأ أصيلا برئ كفيل لا عكسه)

أى : وإذا صح الضمان ، فللمضمون له ، مطالبة الأصيل والكفيل

(١) ويمكن أن يقال أراد صاحب الحاوى بلفظ أو مايقوم مقامه كالكتابة وإشارة الأخرس فلا اعتراض بتدوين المراد / م .

أو أحدهما ، فإن أبرأ الأصل برئ الكفيل وكفيله ؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع ، بخلاف عكسه ، لأن إبراء الكفيل إسقاط الوثيقة فقط ، فلا يسقط بها الحق كَفَكَّ الرهن ، وقوله في الحاوى : وإن أبرأ الأصل برئ الكفيل ، لا عكسه قال القونوى ، وابن النحوى ، لو قال وإن برئ ، الأصل لكان أحسن ليشمل براءته بالإبراء ، والأداء والاعتياض ، والحوالة به وعليه . قلنا : لو قال المصنف ما قالاه ، لوقع في الخطأ ، لأن العكس لا يطرد على ما قالاه ، فإن الأصل قد يبرأ ببراءة الكفيل وذلك إذا ضمن بغير إذنه ، ثم ادعى بغير إذنه ، وكذا إذا أدى بإذنه على الأصح ، والمصنف اكتفى بالإبراء ، ليقاس عليه ما يناسبه ، والله أعلم .

وقوله : (وحلّ على أحدهما بموته لا فلسيه) .

أى : إذا مات الأصل حلّ عليه الدين وحده ، وإذا مات الكفيل حلّ عليه وحده ، ولا يحل بالفلس ديون المفلّس ، والفرق أن الحى يرتفق بالأجل ، بخلاف الميت .

وقوله : (فإن ضمن بإذن ، أمر الغريم بطلب حقه ، من التركة ، أو إبرائه) .

أى : فإن كان الضامن قد ضمن بإذن المضمون عنه مؤجلا .
ثم مات المضمون عنه ، فإن ديونه تحل ، فله أن يطالب الغريم .
بطلب حقه من تركته أو بإبرائه من الضمان قبل هلاك التركة .

وقوله : (والأصيل بالتسليم إن طُولِبَ لا إليه ، ولا يحبس بحبسه) .

أى : وللضامن بالإذن أن يطالب المضمون عنه بتسليم المال إلى الغريم إن طالبه بالتسليم ، وأما قبله فلا ، وليس له أن يطالبه بالتسليم إليه قبل أن يغرم ، وإن حبس الكفيل لم يكن له أن يطالب بحبس الأصيل معه ، لكن إذا غرم فله طلبه وحبسه .

وقوله : (ورجع مؤدٍ بإذن ، وضامنٌ به ، وكذا بغيره ، إن أدى به وشرط) .

أى : ورجع غير الضامن أدى دين رجل بإذنه ، وإن لم يشترط الرجوع ، فى الأصح ، وكذا الضامنٌ بإذن يرجع ، وإن أدى بلا إذن فى الأصح ، ولا يرجع ضامن بلا إذن ، وإن أدى بإذن على الأصح ، إلا أن يشترط الرجوع فإنه يرجع على الأصح ، وكلام الأصل شامل لذلك وقوله فى الحاوى^(١) : والمؤدى بالإذن : إن أراد المؤدى بالإذن ، يرجع سواء كان ضامناً أم لا - فغير^(٢) مُسَلَّم لأن الصحيح أن الضامن بلا إذن لا يرجع وإن أدى بإذن ، وإن أراد به غير الضامن . وقلت إن المؤدى بالإذن إذا كان ضامناً بلا إذن ،

(١) وفى ح « والمؤدى بالإذن بأقل الدين وقيمة المؤدى إن شهد ولو رجلاً مستوراً أو أدى بحضوره أو صدقه المضمون له » .

(٢) أى فهذا غير مسلم مبتدأ أو خبر واقع جواب شرط أن أراد المؤدى بالإذن وإلغاء واقعة فى جواب الشرط جملة إسمية / م .

لا يرجع وهو مأخوذ ، من قوله ورجع أى الضامن بالإذن ، فعلم منه أن غيره لا يرجع ، قلنا يرد عليه ، من ضمنه بلا إذن ، وإن أدى بالإذن ، بشرط الرجوع ، فإنه يرجع على الأصح .

وقوله : (بالأقل من دين ، وقيمة مصالح به ، لا مبيع) .

أى : وحيث قلنا يرجع المؤدى أو الضامن فبم يرجع . ينظر ، إن أدى من جنس الدين ، رجع بقدر ما أدى وإن أدى غير جنسه ، نظرت ، فإن صالح منه على عين فالأصح أنه يرجع بالأقل من الدين وقيمة العين ، وإن باع العين منه ، بقدر الدين ثم قاصه به رجع بالكل وكذا إن باع العين منه ، بالذى ضمنه عنه على الأصح ، وقوله فى الحاوى : ورجع بالمؤدى بالإذن بأقل الدين وقيمة المؤدى : مقتضاه ، أنه يجب الرجوع بالأقل ، سواء صالح بالعين ، أو باعها منه ، والصحيح أنه مخصوص بما إذا صالح عنه بها .

وقوله : (إن أدى بحضوره ، أو صدقه ، الغريم أو أشهد ، ولو رجلا مستورا وحلف منكراً إشهاده) .

أى : ويشترط للرجوع أن يؤدى بحضور المضمون عنه ، أو يصدقه الغريم المضمون له ، فإن كذبه لم يرجع ، وإن صدقه المضمون عنه ولا يرجع إذا كذبه ، المضمون له ، بأنه أدى ، إلا إذا شهد أنه أدى

أما شاهدين وأما شاهداً ويحلف معه اليمين سواء عاش الشاهد أو مات ، ولو كان مستوراً فبان فاسقاً ، فله الرجوع لأنه لا علم له بالباطن ، فهو غير مقصر وإن شهد فاسق لم يرجع ، لأنه مقصر ، أو إن أدى الإشهاد ، فأنكر المضمون عنه فالقول قول المنكر مع يمينه .

، وقوله : (وإن ضَمِنَ مريض تسعين ، وخلفَ مثلها عَمَّنْ خَلَفَ ، نصفها أخذ من ورثته ستين ، ورجعوا بثلاثين ، ومن ورثة الأصيل خمسة عشر) .

اعلم أن الضامن في المرض إذا ضمن عن رجل ثم مات ثم هلك الرجل موسراً فللغريم مطالبة من شاء ، فإن طالب من ورثة الضامن رجعوا على ورثة الأصيل بالكل ، وإن هلك الأصيل مُعْسِراً فضمان الضامن في ثلث ماله ؛ لأن المريض محجور عليه من التبرع فيما سوى الثلث ، والضمان تبرع فإن هلك الأصيل غير معسر ، لكنه خلف قدر ثلثي الدين ، فللغريم أن يطالب ورثة الضامن ، بالجميع لأنهم يرجعون في تركة الأصيل بثلثي ما لهم ، ويفوت عليهم الثلث في ضمان تبرع به الضامن ، وكذلك يغرمون ، إذا لم يمت الأصيل وإن كان مُعْسِراً ، لأنهم لا يرجعون إلى ذمته بالكل ، ففي مسألة الكتاب ضمن تسعين وخلف تسعين ، وخلف الأصيل خمسة وأربعين ، فإذا أخذ الغريم ثلث مال الضامن ، مع تركة الأصيل ، فلا دور ، وإن أخذ من تركة الضامن أكثر من الثلث لزم الدور ، لأن ما يغرمه ورثة الضامن ، يرجع إليهم بعضه ، لأنه يصير المغروم ديناً لهم في تركة الأصيل فيضاربون به مع الغريم

في تركة الأصيل ، فيلزم من ذلك زيادة تركة الضامن ويلزم من زيادتها زيادة تركة المغروم ، ويلزم من زيادة تركة المغروم ، زيادة ما يرجع إليهم ، فطريق استخراج الحساب ، فنقول يؤخذ من تركة الضامن شيء ويرجع إليهم مثل نصفه ، لأن تركة الأصيل نصف تركة الضامن ، فيبقى لورثة الضامن تسعون إلا نصف شيء ، وهي تعدل مثلى ما تلف بالضمان ، والتالف نصف شيء ، ومثلاه شيء ، فإذا تسعون إلا نصف شيء يَعدِل شيئاً ، فإذا أجبرت وقابلت عدلت تسعون شيئاً ونصفاً ، ويكون الشيء ستين وهو المأخوذ ، فيكون ديناً لهم ، ويبقى من تركة الأصيل خمسة عشر يأخذها الغريم ، وَيَقُوت عليه من ماله ، خمسة عشر .

وقوله : (أَوْ عَمَّنْ خَلْفَ ثُلُثِهَا ، أَخَذَ مِنْ وَرَثَتِهِ خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ وَتَنَاصَفُوا تَرَكَهَ الْأَصِيلُ) .

أى : وإن ضمن ذلك مَنْ خَلْفَ ثُلُثَ تركة الضامن ، وثلاثها ثلاثون ، فله أن يأخذ تركة الأصيل ، وثلاث تركة الضامن ، فإن نَقَلَ ذلك فلا دور ، وله أن يأخذ من ورثة الضامن أكثر فتدور المسألة ، فطريقه أن يقول ، يؤخذ من ورثة الضامن شيء ، ويرجع إلى ورثته مثل ثلثه ، لأن تركة الأصيل ثلث تركة الضامن ، فيبقى للورثة تسعون إلا ثلثي شيء ، يعادل مثل التالف بالضمان ، وهو ثلثا شيء ، فمثلاً شيء وثلث شيء ، فإذا تسعون إلا ثلثا شيء يعدل شيئاً وثلثاً ، وإذا أجبرت وقابلت ، صار المَجْبُور تسعين ، والمقابل

تسعين ، فيكون الشيء خمسة وأربعين ، وذلك ما يأخذه ربُّ المال ،
وصار ديناً لورثة الضامن ، على الأصيل ، وبقي لرب المال عليه ،
خمسة وأربعون فيضاربون في تركتهم بسهم وسهم فيجعل بينهما
مناصفة .

وقوله : (وإن أخذ تركة الأصيل أخذ ثلث تركة الضامن) .

أى : يشترط إلى ما ذكرناه أولاً من أنه بالخيار بينهما ، والقدر
الذى يصل إليه واحد فى الحالين .

الشركة

وقوله : (إنما تصح^(١) شركة أهل توكيل ، وتوكل في مُشترك لا يتميز ، وإن تَفَاضَلَ أو جُهِل لا وقتَ قِسْمَةٍ بإذن التصرف ، لا مجرد اشتراكنا) .

أى : وتصح الشركة بين اثنين فصاعداً ، ولو مسلماً وذمياً ، وإن كُرِهَتْ شركته للذمى ، وإنما الشرط أن يكون كل منهما ، أهلاً للتوكيل والتوكل ، لأن كلا منهما وكيلٌ عن الآخر في نصيبه موكل إليه في نصيب نفسه ، ولا يصح عقدها إلا والمالان أو الأموال مختلطة ، فإن عقدت ثم خلطاً المالين ولو في المجلس لم يصح

(١) الشركة : بكسر فسكون ، وبفتح وسكون أو فكسر ، وجمعها بكسر ففتح بلاهاء ، وهولئة الاختلاط شيوعاً أو مجاورة وشرعاً ثبوت حق ، أو عقد يقتضى ثبوته في شيء لأكثر من واحد على جهة الشيوع قهراً كالإرث أو اختياراً كالشراء ، وهذا حيث قصد به ابتغاء الربح بلا عوض ، هو مقصود الباب ، وأنواعها أربعة : ١ - شركة الأبدان بأن يجعل كل سبهما يبدنها مع تساوى ، واتفاق حرفة أو ضدها : ٢ - والمفاوضة بفتح الواو بأن يجعل كل سبهما وربحها يبدن أو مال وغرمها بينهما ٣ - والوجوه : بأن يتفق وجهان على أن يشتريا في ذمتها بمؤجل أو حال ، وربحها بينهما أو وجبه وخامل على أن يشتري الوجبه في ذمته ويبيع الخامل ، أو على أن يعطى الخامل المال ويعمل فيه الوجبه والربح بينهما ، وكلها باطلة لكثرة الفرر فيها ، نعم أن نوي بالمفاوضة وفيها مال « شركة » العنان صححت ، ثم ما يشتريه أحدهما في تصوير الأخيرة ، الأول والثاني ، يختص به ربها وخسراناً ، نعم أن أذن له في الشراء فاشترى لها ، شاركه فيه ، والثالث ليس شركة في الحقيقة ، بل قراض فاسد ، ٤ - وشركة العنان بكسر العين وقيل بفتحها ، وهى الصحيحة من عن الشيء ظهر ، فهى أظهر الأنواع أو من عنان الدابة لاستواء الشريكين فيها ، فى نحو الولاية والربح ، والسلامة من الفرر ، كاستواء طرفى العنان ، وأركانها ثلاثة وسيأتى لها ركن رابع ، العاقدان وشرطها صحة تصرفها ، ودليلها من السنة قوله صلى الله عليه وسلم « يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما ص ٥١ - ٣ بلوغ المرام » ومعناه تنزع البركة من مالها رواه أبو داود والحاكم وقال صحيح الإسناد ، وعقدها جائز يجوز لكل منهما أو منهم الفسخ متى شاء وأركان شركة العنان خمسة ١ ، ٢ (عاقدان) ٣ (ومعقود عليه) ٤ (وعمل) ٥ وصيغة ، وقد ذكر المؤلف شرط كل منها فأشار إلى شرط العاقدين ما شرط فى موكل ووكيل فقال : شركة أهل توكيل الخ / م وفى إن اختلف القدر أو جهل وكل وكيل .

ويشترط في الخلط ، ألاَّ يتميز مال عن مال ، والخلط ، إما بأن يرثاه مشاعاً ، أو ببيع نصف عَرَضِهِ^(١) بنصف عرض صاحبه ، أو يخلط مال صاحبه المثل بمثله ، خلطاً لا يتميز معه ، فإن تميز ، ولو بعسر كالحنطة البيضاء بالحمراء لم يصح وتصح الشركة سواء استوى المالان أو تفاضلا ، ويكون الربح على قدر المالين ، ولا يشترط العلم بقدر النصيب حالة الشركة بل لو ورثاه مالا ولم يَعْلَمْ كل منهما قدر نصيبه ، وعقدا الشركة صح ؛ لأن العلم بذلك ممكن عند الحاجة إليه ، بقسمة ربح ونحوه ، أو الأصل .

ولو خلطاً وكل لا يعرف قَدْر ماله ، ولا يمكن معرفته لم تصح الشركة لتعذر العلم ، ولابد مع الشركة من صيغة تدل على الإذن في التصرف بالتصرف في كل منهما في نصيب صاحبه ، كتجارة وتصرف ، فلو اقتصرنا على قولهما اشتركتنا لم يكن إذناً في التصرف على الأصح ، وإن أذن أحدهما لصاحبه دون الآخر ، تصرف المأذون له في الجميع والآخر في نصيب نفسه فقط فإن اشترط منعه لم يصح الشرط ، لاقتضائه ، الحجر عليه في ماله .

وقوله في الحاوى^(٢) : أو جهل : وكل أطلق الصحة مع الجهالة ولم يقيدها ، بحالة العقد كما قيدها في العزيز والروضة ، وكما هو مقتضى المذهب ، فإنه لو خلط زيت به زيت صاحبه ، مثلاً ،

(١) لو قال أن يبيع بعض عرضه ببعض عرض الأمر يشمل من بعض أوزاد عن ماثل به / م .

(٢) وفي ح « وإن اختلف القدر أو جهل وكل وكيل » .

وكل لا يعرف قدر زيتته ، ولا يمكن التوصل إلى مَعْرِفَتِهِ فيما بعد ،
فالشركة فاسدة وإن نفذ التصرف بالإذن .

وقوله : (وَكُلُّ وَكِيلٌ ، وَرَبِحُهُ وَخُسْرُهُ ، بِحِصَّةِ قِيَمَةِ مَالِهِ ، فَإِنْ
شُرِطَ تَفَاوُتٌ ، فَسَدَتْ ، فَلِكُلِّ أَجْرَ عَمَلِهِ لِلْآخِرِ ، لَا فِي زَائِدٍ بِلَا
طَمَعٍ) .

أى : وكل واحد من الشركاء وكيل وله حكم الوكيل ، فلا يبيع
نسيئة ولا بدون ثمن المثل ، ولا يسافر في المشترك إلا بإذن في الجميع
كالوكيل ، ويوزع الربح على المالين بنسبة قيمة مال كل ، كما إذا
خلط زيتاً بزيت ولكن قيمة رطل أحدهما درهمان والآخر درهم ،
فإن الربح بينهما يكون أثلاثاً ، لصاحب الجيد الثلثان .

فإن شرطاً أن يكون لأحدهما من الربح أكثر من نسبة حصته
فسدت الشركة ، وحكمهما إذا فسدت بهذه الجهة أو غيرها ، أن
يصح تصرفهما بالإذن .

ويقسم الربح على قدر المالين ، لكن يرجع كل منهما على صاحبه
بأجرة ما عمل في ماله ، فإن تساوى في المال والعمل وقع التقابض ،
وإن وقع التفاوت في العمل مع تساوى المالين ، فكان عمل أحدهما
يساوى مائتين ، وعمل الآخر مائة ، نظرت ؛ فإن كان عمل ما شرط
له الزيادة أكثر فنصف عمله لنفسه ، ونصفه لصاحبه ، ونصفه مائة
وقد عمل له بخمسين ، فيقع التقاصص ويبقى له خمسون يرجع بها
على صاحبه ، وإن كان عمل صاحبه أكثر لم يرجع بشيء على الأصح ،

وعلى هذا لو كان مال أحدهما أكثر وعمله أكثر من حصته ، وهو المشروط له الزيادة قاصص بمقابل عمل صاحبه ورجع بالزيادة من أجرة المثل ، وإلا فلا .

وقوله : (وَصُدِّقَ فِي اشْتِرَائِهِ لِنَفْسِهِ ، وَخُسِرَ ، لَا قِسْمَةَ) .

أى : وإذا اشترى أحد الشريكين عَيْنًا وقال لم أشتريها للشركة ، بل لنفسى خاصة ، فالقول قوله مع يمينه ، وكذا إن قال : خسرت فيما اشتريته للشركة ، صدق بيمينه ، وإن ادعى التلف ، وأسنده إلى جهة خفية فكذلك ، وإن أسنده إلى سبب ظاهر كالحريق أثبت الحريق ، وإن كان فى يده مال ، فقال : أقسمنا وهذا نصيبى من المشترك ، وقال الآخر لم يقسم بعد ، فالقول قول منكر القسمة ، ويجعل بينهما .

وقوله : (وَبِفَسْخِ أَحَدِهِمَا ، انْعَزَلَا ، ويعزله المعزول) .

أى : إذا قال أحدهما قسمت الشركة ارتفع العقد ، وإذا ارتفع العقد انْعَزَلَا جميعاً ، بخلاف ما إذا قال أحدهما للآخر ، عزلتك ، فإن الشركة باقية ولم ينعزل إلا المعزول .

وقوله : (وَلِبَائِعِ مَالٍ بِبَعْضِ رِبْحٍ أَجْرٌ مِثْلٌ) .

أى : إذا شرط رجل لمن يبيع له ماله بجزء من الربح لم يصح فإن باع صح البيع للأذن ، ووجب له أجرة المثل . وأشار بهذا إلى شركة الوجوه فى بعض قولهم ، وهو أن يبيع الوجيه مال الخامل بجزء

من الربح أو يشتري الوجيه للمالك الخامل بجزء من الربح ، فإنه يرجع إلى أجرة المثل ، والصحيح أن شركة الوجوه غير ما ذكرناه ، وهى أن يشترك اثنان ، فيما يشتريه كل منهما فى ذمته ، ويبيع والربح بينهما وهى باطلة أيضاً ، واعلم أن الشركة أربعة أنواع ، شركة العنان^(١) ، وهى المراد بقوله : إنما تصح شركة أهل توكل وتوكيل ، إلى آخره سميت بذلك تشبيها للشريكين فى حق الفسخ والتصرف والربح فى استواء طرفى عنان الدابة ، وقيل غير ذلك ، وشركة العنان هى الصحيحة دون سائر الأنواع ، وقد أشار إلى شركة الوجوه بما ذكرناه ، ولم يتعرض لشركة الأبدان ، والمفاوضة .

فشركة الأبدان أن يشترك أهل الحرف على ما يكتسبانه بينهم ، إما بتساوى أو تفاوت وهى باطلة ، وإن اكتسبا شيئاً وانفرد كل بعمله فهو له وإن اشتركا فى عمله قسم بينهما على قدر أجرة المثل .

وشركة المفاوضة أن يشتركا على ما حصل لهما ، من غنمٍ وغُرمٍ فهما فيه سواء ، قال الشافعى ، لا أعرف شيئاً فى الدنيا - إن لم يكن - شركة المفاوضة باطلة لما فيها من كثرة الغرر .

(١) وهى الصحيحة دون الثلاث الأخرى لخبر « السائب بن أبى السائب حبش بن عائذ المخرومى أنه كان شريكاً للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة ، ثم جاء إليه يوم فتح مكة فقال « مرحباً بأخى وشريكى » ، ٥١ ص ٢٦٤ - ٥ نيل الأوطار فى ذكره صلى الله عليه وسلم للشركة دليل على جوازها لأنه تقرير لما وقع قبله ، وفى ذكرها أيضاً تعظيم للسائب المذكور خصوصاً مع قرنهما بالأخوة والترحيب وليس ذلك افتخاراً منه صلى الله عليه وسلم ، بالشريك كما توهم حاشية المنهاج للقلوب ، وإنما كانت للتقرير وبيان الواقع / م .

الوكالة

وقوله : (باب^(١) صِحَّة وكَّالَةٍ فِي قَابِلٍ^(٢) نيابة ، من عقد وفسخ مُتَرَاخ وَقَبْضُ حَقِّ وَعَقَاب ، وَيَقْتَضُ لَغَائِب ، وفي تَمَلُّك مَبَاح^(٣) ، وخصومة لِإثْبَات حَدِّ اللَّهِ إِلَّا ضِمْنًا ، ولا في معاص وإقرار ، وَيَصِيرُ بِهِ مَقْرَأً) .

أى : ولا تصح الوكالة فيما لا يقبل النيابة ، فإن قبلها صحت ، لأنَّ^(٤) النبي صلى الله عليه وسلم ، وكَّلَ في شراء شاة وفي عقد نكاح أم حبيبة ، فقبول النيابة هو ركنهما الأول ، وذلك في أنواع البيع من السلم والصرف والتولية وغيرها كالرهن والهبة . والصلح والضمان وسائر المعاملات ، وكالإبداع والوصية ، والنكاح والخلع والطلاق والرجعة ، وتعيين المطلقة والعق والكتابة ، وكذا الفسخ كالإقالة ، واستثنى من الفسوخ ما كان منها على الفور ، كالرَّد بالعيب لأنَّه يعد

(١) في الوكالة : وهى بفتح الواو وكسرهما لغة التفويض ، والحفظ ، وشرعاً تفويض شخص أمره إلى آخر في عمل مخصوص على وجه مخصوص في حال الحياة ، كما يعلم مما يأتي ، والحاجة داعية إليها فهي جائزة ، وقال جمع مندوبة لخبر « والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » وبه يعلم أن المندوب قبولها ، وكذا إيجابها يتوقف القبول عليه ما لم يرد الموكل عوض نفسه ، وأركانها أربعة : ١ (مايجوز التوكيل فيه ، وشروطه ثلاثة : الأول ملك الموكل ، والثاني قبول النيابة وحينئذ / ف الثالث أن يكون الموكل فيه معلوماً .

(٢) وهو مالا مباشرة له مقصود بعينه ، فقابل نيابة علم على هذا فلا دور والجواب بغير ذلك فاسد ، كما في الأصل وذلك لأنها أنابة . فلا بد أن تكون فيما يقبلها / ف .

(٣) كإحياء واحتطاب فيملكه الموكل إن قصده الوكيل ، وإلا فلا ولهذا التفصيل إعاد (في) وإن أُوهم أن هذا غير قابل للنيابة لأنه غير قابلها ، عند عدم قصد الغير ، وخرج بتملك المباح الالتقاط / ف ، وتصح الوكالة في كل فسخ كإقالة ورد بعيب وقبض وإقباض وخصومة من دعوى وجواب ، وتملك مباح كاصطياد واحتطاب ، وتملك إحياء ، واستيفاء عقوبة / م .

(٤) يشير بذلك إلى حديث عروة بن أبى الحب البارقي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة . . الحديث ص ٢٧٠ - ه نيل الأوطار .

التوكيل فيه تقصير ، وأما العبادات فإنها لا تقبل النيابة إلا الحج لما ثبت فيه ، وركعتي الطواف تبعاً ، وفي تفريق الزكاة والكفارات والصدقات إلحاقاً لها بالتصرف في المال ، وذبح الأضحية والهدى ، لاستنابته صلى الله عليه وسلم . وتصح في قبض الحقوق من الأعيان والديون ، وقبض سائر العقوبات من الحدود وغيرها في القصاص ، والأصح أن له أن يقبض في غيبة الموكل وتصح الوكالة في تملك مباح ، فإذا وكله أن يحتطب ، أو يحيي له أرضاً ، فقصده الوكيل ذلك صارت ملكاً للموكل ، وتصح في الخصومات التي تتعلق بالآدميين كإثبات حد القذف وغيره ، ولا يصح في إثبات حد الله تعالى ، نعم قد يقع ثبوتها تبعاً ، مثل أن يقذف رجل رجلاً ، فيطالبه بحد القذف ، فله أن يدرأه عن نفسه ، بإثبات زناه ، فإذا ثبت أُقيم عليه الحد ، ولا تصح في المعاصي ، فلو قال له اسرق لي أو اقتل عني فلانا ظلماً ونحوه لم تصح الوكالة ، وتعلق الحق بالفاعل ، وكذا لا تصح الوكالة بالإقرار ، فإذا قال : أَقِرَّ عني فلان بألف لم تصح الوكالة ، لكنه يصير به مقراً ، وقوله في الحاوي^(١) : صحة الوكالة في قابل للنيابة إلى قوله ولا يصير به مُقَرَّراً ، فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق صحة الوكالة في الفسخ وذلك إن لم يكن على الفور ، كما بيناه .

(١) وفي ح « صحة الوكالة في قابل النيابة من عقد وفسخ وقبض حق وعقوبة ويقبض ولو بالنيابة وتملك مباح وخطوبة لافي إثبات حق لله تعالى والمعاصي والأقرار ولا يصبر به مقراً » .

الثانى : أنه أطلق أيضاً منع صحتها ، فى إثبات الحدود ، وقد تقع ضمناً كما بيناه ، فإذا ثبت زناه ثبت الحد ضمنها كما ذكرناه .

الثالث : قوله ولا يصير به مُقَرَّراً ، هذا نقله الرافعى ، عن تصحيح البغوى خاصة ، ونقل قبله أن الإمام اختار أن يصير مُقَرَّراً ، ونقل النووى فى الروضة عن الأكثرين أنه الأصح .

وقوله : (ولا شهادة ، ويمين ، كلعان وإيلاء وظهار ، ونذر وتعليق) .

أى : ولا يصح التوكيل فى الشهادات والإيمان إلحاقاً لها بالعبادات ومثل اليمين باللعان والإيلاء والظهار ، فإنها أيمان وعد الظهار بناءً على الأصح أن المذهب عليه اليمين ، والنذر فى معنى اليمين ، وكذا تعليق الطلاق والعتق ، كل هذا لا يصح التوكيل فيها .

وقوله : (معلوم علماً يقل به غرر ، كنوع بصنف احتيج لا شراء عبد ، لغير تجارة) .

أى : ويشترط أن يعلم الوكيل ما وُكِّلَ به علماً يقل به الغرر ، فإن وكله فى شراء عبد فلا بد من تبين النوع كعبد زنجى لم يذكر معه الصنف كالدامونى والنووى ، وقد يغنى الصنف عن النوع ، كهذَيْنِ المثالَيْنِ ، فإن احتيج إلى جمعهما تعين ، ولا يجب ذكر الثمن ، ويجوز أن يشتري الموصوف بأقل مما عيّن له ، وإنما يشترط ذلك فى شراء عبد للخدمة ونحوها ، أما إذا كان للتجارة ، فلا يحتاج إلى

وصف ؛ لأن الغرض ما يربح فيه ، وقوله فى الحاوى ، كـشراء عبد
معين النوع والصنف ، أو الثمن ، فيه أمران :

أحدهما : أن هذا فى غير عبد التجارة ، أما من يشتري للتجارة
فلا يشترط فيه ذكر نوعه .

الثانى : قوله : أو الثمن ظاهره أنه مخير بين ذكر الصنف والثمن ،
والأصح أن ذكر الثمن لا يغنى عن الصنف .
وقوله : (وَكَيْمًا بَاعَ بِهِ فُلَانٌ) .

أى : إذا قال : بع بما باع فلان فرسه صح ؛ لأن فيه تخصصاً
يقل به الغرر ، لكن يشترط أن يعلم الوكيل حالة العقد الثمن الذى
باع به فلان ، لئلا يبيع بمجهول .

وقوله : (وَفِيَا لَهُ مِنْ خُصُومَةٍ ، وَتَطْلِيْقٍ ، وَبَيْعٍ ، وَعِتْقٍ ، لَا فِي
كُلِّ قَلِيْلٍ وَكَثِيْرٍ) .

أى : ومن العلم الذى يقل به الغرر أن يقول : وكلتك فى كل
مالى من خصومة وفى كل مالى من تطليق زوجة ، وفى كل مالى من بيع
وشراء وعتق ، وفى استيفاء ديون بخلاف ما إذا قال : وكلتك مالى من
كل قليل وكثير ، أو وكلتك فى كل قليل وكثير ، وفوضت إليك ،
جميع الأشياء أو تصرف فى مالى كيف شئت .

وقوله : (وَعِلْمٌ مُّوَكَّلٍ أَبْرَأً ، وَوَكِيْلٍ عَقْد)

أى : ويعتبر في الإبراء علم الموكل لا الوكيل على الأصح ، لأنه ليس بتمليك بل إسقاط على الأصح ، وقد سبق في الضمان أنه تمليك ، وما توسط به النوى في الرجعة من أن الترجيع يختلف بحسب المسائل ، بل لظهور الدليل في أحد الطرفين ، وأما في سائر العقود فيشترط علم الوكيل ، فإذا وكله في شراء عبد اشترط أن يعرف ثمن المثل حتى يشتريه به وسائر شروط العقد .

وقوله : (مِنْ)^(١) مُتَمَكِّنٍ مِنْهُ مُطْلَقاً ، وَمِنْ أَعْمَى فِي نَحْوِ بَيْعٍ وَشِرَاءٍ ، فَيَسْتَنْيِبُ وَلِيٌّ مَلَكٌ إِنْكَاحاً ، لَا قَاضٍ وَوَكِيلٌ فِيمَا تَوَلَّيَا ، إِلَّا بِإِذْنٍ ، أَوْ قَرِينَةٍ كَقَدْرِ الْمَعْجُوزِ عَنْهُ) .

أى : لا تصح الوكالة إلا في قابل النيابة ، ويشترط أن يصدر من متمكن من فعل ما وكل به ، فيخرج الصبي والمجنون ، لأنهما غير مُتَمَكِّنَيْنِ من التصرفات ، ولا تصح من المرأة في النكاح ، ومن الفاسق في تزويج ابنته ، وخرج بقوله مطلقاً أمور ، أوردت على غيره ، فراجعها من الدقائق ويصح من الأعمى التوكيل ، في البيع والشراء والهبة والإجارة والرهن ، وإن كان لا تصح منه مباشرتها ، ويجوز للولي أن يستنيب إذا ملك التزويج ، بأن يكون مُجْبِرًا كالأب والجد ، أو ولياً كالأخ ، يوكل بعد أن تأذن له في النكاح لأنه حينئذ يملكه ، ولا يجوز للقاضي والوكيل أن يستنيبا فيما تولياه إلا إذا أذن لهما ، أو كان ثمَّ قرينة ، تدل على الإذن ، مثل أن يولى

(١) الركن الثاني في الموكل وشروطه ، صحة مباشرته ما وكل فيه ، بملك أو ولاية ، فلا يصح التوكيل إلا من متمكن لغ / ف .

قَطْرًا لا يمكنه أن يقضى فيه وحده لسعته فله أن يستنيب في قدر المعجوز عنه وكذلك الوكيل إذا وكل فيما لا يمكنه الإتيان به ، لكثرتة ، أو ترفعه عنه ، استناب فيما لا يمكنه ، وفعل ما يمكنه ثم اعلم أنه إذا أذن له أن يستنيب فلا يخلو إما أن يقول استنِبْ عني أو عنك أو يُطْلَق ، ففي الأول النائب وكيل الموكل ، لا ينزل بموت الوكيل ، وفي الثانية هو وكيل الوكيل ، فينزل بعزله وبموته وله عزله متى شاء وفي الثالثة الأصح أنه كما لو قال استنِبْ عني ، لا ينزل بموت الوكيل ولا عزله ، فلو استناب عن نفسه عند الإطلاق لم يصح على الأصح ، فإن فسق من استنابه عند الإطلاق لم يكن له عزله على الأقيس ، وقوله في الحاوى من متمكن منه كالأخ في النكاح ، إلى قوله والأعمى بيعاً وشراء : فيه أمران :

أحدهما : قوله كالأخ في النكاح^(١) ، جعل الأخ متمكناً بمجرد كونه أخاً ، فلو فعل بالأب لعلم أن الأخ بعد الإذن مثله ، وقد أشار القُنواني ، إلى أن الأخ متمكن وإن لم يؤذن له بقوله ، فإنه متمكن من تزويج أخته في الجملة ، وذلك عند إذنها ، كما قال في العبد تصح وكالته في قبول النكاح ولو بغير إذن سيده ، وقال فإنه متمكن من قبوله لنفسه في الجملة ، وذلك عند إذن السيد له فيه ، والذي اختاره المصنف وجه ، والأصح خلافه .

(١) وفي ح « من متمكن منه كالأخ في النكاح والوكيل بإذن قرينة كقدر المعجوز عنه كالقاضي ينيب والأعمى بيعاً وشراء » .

الثانى قوله : والأعمى ، بَيْعاً وشراء ، حصر ذلك فى البيع والشراء فلو قال : فى نحو بَيْع ، وشراء لكان أولى ، ليشمل كل ما يشترط فيه الرؤية من الإجارة والرهن والهبة .

وقوله : (وبطلت فيما سيملكه)^(١) .

أى : إذا وكله فى بيع عبد قبل أن يملكه أو طلاق قبل أن يتزوج لغت الوكالة ، لأن الموكل لا يصح منه تصرف قبل الملك ، فلم يصح التوكيل فيه .

وقوله : (لتمكن^(٢) من مثله ، فى الجملة ، لنفسه ، كفاسق وعبد ، وسفيه فى قبول نكاح ومُحْرِمٍ ، لا لعقده فيه ، وصدق مميز ، فى هدية وإذن فى دخول) .

أى : وإنما يجوز أن يوكل فى التصرف من متمكن من فعله لنفسه كالعبد فى قبول النكاح ، فإنه يجوز توكيله فيه ، وإن لم يأذن له سيده ، لأنه متمكن من ذلك لنفسه فى الجملة ، وذلك إن أذن له سيده ، والفاسق والسفيه يتوكلان فى قبول النكاح كالعبد لتمكن السفيه منه عند الإذن ، والفاسق مطلقا ، وكذلك الْمُحْرِمُ يجوز له أن يوكل فى عقد النكاح ، لكن لا يعقد إلا بعد التحلل ، فإن صرح له ، بالعقد فيه ، لم تصح الوكالة ، وكذلك

(١) من شروط الموكل فيه أن يكون للموكل عليه تسلط بأن يكون ملوكا له عند العقد ولذا قال ولا يصح فيما سيملكه أو يكون له عليه ولاية كالمبيع / م .

(٢) الركن الثالث الوكيل وشرطه . صحة مباشرته ما وكل فيه كالموكل ومن ثم لا يصح التوكيل إلا لتمكن . . .
لخ / ف .

الطفل المميز يجوز أن يعتمد قوله في إيصال الهدية والإذن في دخول الدار ، فعلى هذا هو وكيل للمهدى ، والإذن ، ولا يجوز للوكيل أن يوكل غيره في حمل الهدية ، والإذن إلا بإذن أو قرينة .

وقوله : (بإيجاب^(١)) ، وفسد ، بتعليقها ، لا يتعلق التصرف جعل لا تصرف وقته) .

أى : لا بد من لفظ على الإذن في التصرف ، كوكلتك فوضت إليك وأنبئتك وكذا بع واشترى ، ولا يشترط القبول باللفظ بل يكفي أن يتصرف ، لأن حقيقة التوكيل رفع الحجر عن الوكيل ، نعم يشترط أن لا يرد ، فإن رد ثم تصرف لم ينقذ لأنها تبطل بالفسخ بعد الشروع ، فالرد قبله أولى ، وإن علق الوكالة ، فقال إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك فهي وكالة فاسدة ، فإن كانت بجعل فسدت ، ووجب أجره المثل ، وإن تصرف في الوقت الذى أذن له فيه ، وهو بعد وجود الشرط صح تصرفه بالإذن ، فإن نجز الوكالة وعلق التصرف ، فقال وكلتك لكن لا تتصرف إلا إذا جاء رأس الشهر صحت الوكالة ولزم الجعل .

وقوله : (ويدار عزل كما أدبرت وكفى تكرير ، لا فى كلما) .

أى : وإذا أدار الوكالة بأن قال : وكلتك فى كذا . فإذا

(١) هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة وشرط فيها من موكل ولو بنائبه ما يشعر برضاه ، كوكلتك فى بيع كذا أو بيع كذا كسائر العقود والأول إيجاب والثانى (بيع كذا) قائم مقامه أما الوكيل فلا يشترط قبوله لفظاً أو نحوه إلحاقاً للتوكيل بالإباحة وأما قبوله معنى وهو عدم رد الوكالة ، فلا بد منه ، فلور رد وقال لا أقبل أولاً افعل بطلت ، ولا يشترط فى القبول هنا الفور ولا المجلس ، وعقد الوكالة حائز لكل فسخها متى شاء / هـ .

عزلتك فأنت وكيلى ، وأراد التخلص من وكالته ، وطريقه أن يدبر العزل كما أدار الوكالة ، ويقول : متى عُذتَ وكيلى ، فأنت معزول ، ثم يعزله ، فتقاوم الوكالة العزل ، بل لابد من إدارته بكُلِّما ؛ لأنها تقتضى التكرار أبداً بخلاف سائر أدوات الشرط فإنها تقتضى العود مرة واحدة ، وإليه الإشارة بقوله : ويدار كما أدير ، وقد يقال الوكالة تفسد بالتعليق على الصحيح ، فكيف فرع على الضعيف فنقول : هى وإن فسدت ، فالتصرف نافذ ، للإذن فاحتاج إلى تعليق العزل ليبطل الإذن به .

وقوله : (وباع إن أطلق ، بثمنٍ مثلٍ ، وما سُمِحَ بهِ حالاً ، من نقدِ البلدِ ، لا من نفسه ، ونحو طفلة وإن أذن) .

أى : إذا أطلق الموكل الوكالة بالبيع صح وكان للوكيل أن يبيع بثمن المثل حالاً من نقد البلد ، ولا يجوز أن يبيع بدون ثمن المثل ولا مؤجلاً ، ولا بعرض ، ولا بغير نقد البلد ، فإن باع العين بيسير يتسامح بمثله فى العرف لم يضر ، فإن كان كثيراً فهو البيع بدون المثل ، ولا يجوز أن يبيع من نفسه ولا من نحو طفله ، وإن أذن له أن يبيع منهما على الصحيح ، لأنه إنما جاز أن يتولى الأب الطرفين لعدم التهمة ، وقال الأذرعى فى شرح^(١) المنهاج قال ابن الرفعة إذا أذن له فى البيع من نفسه وقدر الثمن ومنع من

(١) شرح المنهاج للأسنوى اسمه « غنية المحتاج » وله شرح له آخر سماه « قوت المحتاج » والشرحان عظيمان للمنهاج .

الزيادة لا يبعد جوازه ، لانتفاء التهمة ، أما من ابنه الكبير وأبيه وزوجته فيصح على الأصح .

وقوله : (فَإِنْ زِيدَ قَبْلَ لُزُومٍ ، فَسَخَ ، وَإِلَّا انْفَسَخَ) .

أى : وإذا باع عند الإطلاق بثمن المثل ثم حصلت زيادة بأن رغب فيه راغب بأكثر من ثمن المثل ، وكان ذلك فى مدة الخيار ، فإنه يجب على الوكيل أن يفسخ ، فإن زاد العاقد الزيادة أمضى العقد ، فإن لم يزد ولم يفسخ الوكيل انفسخ العقد لأنه قبل اللزوم ، وقوله فى الحاوى^(١) : وإن زيد فى المجلس فيه أمران :

أحدهما : أن ذلك ليس مختصاً فى المجلس بل لو زاد فى خيار الشرط ، فحكمه كذلك ، فلو قال قبل اللزوم ، لكان عاماً .

الثانى : قضى بأنه تنفسخ بنفس الزيادة وليس كذلك بل يجب على الوكيل أن يفسخ العقد فإن لم يفسخ وبأذى الزيادة باق على رغبته انفسخ العقد ، فإن بآذله فى الزيادة ، فلا فسخ .

وقوله : (وله شرط خيار له ، أو لمؤكليه فقط ، فإن أمر به وجب ، ولو لأجنبي) .

أى : وإذا وكل فى البيع جاز له أن يشرط الخيار لنفسه ، وجاز أن يشرطه للموكل ؛ لأن ذلك لا يغير الموكل ، ولا يجوز أن يشرطه لغيرهما ، فإن فعل لم يصح ، فإن أمره بشرط الخيار تعين عليه ذلك ،

(١) وفى ح « وإن زيد فى المجلس الفسخ ونقبض الموضع فيسلم وإن ألقى الأجل اتبع المرف » .

فإن لم يفعل لم يصح ، وقوله فى الحاوى : ولا يشترط الخيار ، مقتضاه أن الوكيل ممنوع من شرط الخيار مطلقاً ، والأصح أن له شرطه لنفسه وللموكل ، ذكره فى العزيز والروضة ، وغيرهما ، مع أنه قد ذكر فى الخيار إشارة إلى الجواز .

وقوله : (وله قبض حال* ، ثم إقباض) .

أى : وللكيل فى البيع قبض الثمن الحال ، وفى الشراء قبض المبيع أولاً ثم الإقباض بعد ذلك ، فإن سلم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن ، أو الثمن قبل قبض المبيع ، لم يجز ، وضمن .

وقوله : (فإن قال أجل فالعرف) .

أى : إذا وكله فى البيع مؤجلاً ولم يبين له الأجل صح على الأصح ، وحمل على العرف فإن باعه حالاً بقيمته مؤجلاً ، نظرت ، فإن كان له فى التأجيل غرض ، فإن كان لحفظه مؤنة ، أو كان وقت نهب لم يجز ، وإلا جاز على الأصح .

وقوله : (وانعقد لموكل مبيع جهل ، ولكل رد ، لا لراض ، ولا لوكيل إن رضى موكل ، أو اشترى ما عين بعين ماله) .

أى : وإذا اشترى الوكيل مبيعاً ولم يعلم بالعيب ، وقع الشراء للموكل ، ثم للموكل رده بالعيب ، وكذا فى الوكيل ، إلا فيما سأتى ، وليس لمن رضى منهما أن يرد ، فإن رضى الموكل ولم يرض الوكيل فلا رد ، لأن المعتبر ، رضى المالك ، وإن رضى الوكيل ولم

يرض الموكّل رد الموكّل لأنّه المالك ، وهذا إذا اشترى في الذمة ، أو غير معين ، أما إذا اشترى المغيّب المعين بعين مال الموكّل لم يثبت الرد ، إلا للموكّل فقط ، والفرق أنّه قطع نظره ، ولم يبق عهدة تتعلق بالوكيل هنا ، وقوله في الحاوى^(١) : لا إن رضى الموكّل : إذا عيّن المشتري بالعين مقتضاه إن رضى الوكيل ، بالمغيّب ، لا يسقط خياره ، فيه ، بل إذا عاد وردّ جاز ، وذلك وجه والأصح خلافه ، وقوله : (وتعيّن بتعيّنه سوق : لا إن قدر الثمن ، ومشتري ، وقدر وزمان ، وجنس ، ويبدّل لمصلحة ، أن لم يئنّه بقدر ، لا إن عيّن مشتري ، وبأجل وحلول) .

أى : إذا أمر الموكّل الوكيل ببيع ماله ، في سوق لم يجزه به البيع في غيره إن كان له فيه غرض ، وكذا إذا لم يكن على الأصح ، نعم إن كان قد قدر له الثمن فالأصح أنّه لا يتعيّن السوق وإن قال بع من زيد لزمه أن يبيع منه ، لجواز اختياره لكونه أحسن معاملة أو حلّ مال أو لغرض آخر ، وكذلك إذا عيّن القدر مثل أن يقول بع بمائة ، لكونه أحسن ، لزمه أن لا ينقص عن المائة ، وكذا إن عيّن الزمان لم يجز البيع قبله ولا بعده ، وكذلك إذا عيّن له جنساً كأن قال بع بألف درهم ، فإنه لا يجوز أن يبيع بألف مثقال ؛ لعدم امتثاله فيما أمر به ، نعم يجوز أن يبدل بما ذكرناه بالقدر للمصلحة ، وذلك مثل أن يأمره ببيع عبد بمائة فيبيعه بمائة وعشرة مثلاً ، فإنه

(١) وفي ح « وإن اشترى المغيّب للموكّل إن جهل ورد لا إن رضى الموكّل » .

يجوز للمصلحة . أو بشرائه بمائة وعشرة ، فيشتريه بمائة ، فإنه يجوز ، وكذا ببدل الأجل ، مثل أن يقول : بعهُ بمائة مؤجلة شهرا ، فيبيعه بمائة حالة ، أو مؤجلة نصف شهر ، أو يقول اشتر لي عبد فلان ، بمائة حالة ، فيشتريه بمائة مؤجلة ، ولم يكن لحفظه مؤنة ، ولا زمن نهب ، فإنه يجوز للمصلحة ، إلا إذا أُمرَ أن يبيع بالمائة من رجل معين فإنه لا تجوز مخالفته ، لأنه قد يقصد الرفق به ، أو محاباة ، فلا يجوز أن يفوت عليه غرضه ، وقوله في الحاوى : وإذا عيّن المشتري والقدر والزمان والسوق والجنس تعين ، ويُبَدَّلُ الْقَدْرُ وَالْأَجَلُ وَالْحُلُولُ ، بالمصلحة ، ما لم يُنَهَ ، فيه أمران :

أحدهما : قوله والسوق مقتضاه ، أنه يتعين على الوكيل البيع فيه بنفسه ، وليس كذلك بل إذا قدر له الثمن ، لم يتعين السوق ، وإن عينه كما نقله في الروضة عن صاحب الشامل^(١) والتتمة وغيرهما .

الثاني : قوله : ويبدل القدر والأجل والحلول بالمصلحة ما لم ينه ، مقتضاه أنه إذا عيّن له المشتري أن يبدل القدر جائز فليس كذلك ، بل لا يجوز لأنه قد يقصد إرفاقه بالمبيع ، بخلاف ما إذا قال له اشتر عبد فلان بمائة ، وأنه يجوز أن يشتري بخمسين إن لم ينه ، والفرق بينهما وبين ما إذا قال بع عبدي من فلان بمائة حيث لا يجوز بيعه بأكثر ، أنه في البيع ممنوع فيما زاد عن المائة ، فلا يجوز قبض ما منع

(١) الشامل لابن الصباغ محمد بن عبد الواحد بن محمد بن أحمد أبو طاهر المعروف بابن الصباغ .

منه ، وفي الشراء مأمور بدفع مائة ، ودفع الوكيل بعض المأمور به ، كما ذكره في الروضة .

وقوله : (وَبِشَاةٍ بَدِينَارٍ شَاتَيْنِ ، إِحْدَاهُمَا تَسَاوِيهِ) .

أى : وَيُبَدَّلُ شَاةٌ بَدِينَارٍ شَاتَيْنِ كما وصف ، فإذا وَكَّلَهُ رجل في شراء شاة مَوْصُوفَةٍ بَدِينَارٍ ، فاشترى به شاتين بتلك الصفة كل واحدة تساوى ديناراً صح الشراء فيهما للموكل على الأظهر ، وإن لم يكن فيهما ما يساوى ديناراً لم يصح الشراء له فيهما ، وكذا إذا ، تساوت واحدة ولكن ليست على ما وصفه لأنه لم يفعل ما أمر ، وإن سَاوَتْ إِحْدَاهُمَا دِينَاراً وَالْأُخْرَى أَقْلَ مِنْهُ ، صح الشراء للموكل أيضاً على المذهب ، واشترط في الحاوى^(١) ، أن تساوى كل واحدة ديناراً ، والمذهب كما ذكره النووى في الروضة ، أنه لا يشترط والأصل في ذلك^(٢) قصة عروة البارقي ، فإنه سلم إليه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً ليشتري به شاة ، وصفها ، فاشترى به شاتين ، وباع إِحْدَاهُمَا بَدِينَارٍ وَأَتَاهُ بَدِينَارٍ وَشَاةً ، فإن قيل يجوز في مسألتنا هذه ، أن يبيع إحدى الشاتين ، ويأتيه شاة بدينار وقيمة الأخرى قلنا لا ، وأما حديث عروة فلعله ، كان مأذوناً له في بيع ما رآه

(١) ح « وشراء شاة بدينار بشاتين تساوى كل » .

(٢) روى احمد والبخارى وأبو داود عن عروة بن أبي الجعد البارقي « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به له شاة فاشترى له به شاتين فباع إِحْدَاهُمَا بَدِينَارٍ وَجَاءَهُ بَدِينَارٌ وَشَاةٌ فَدَعَا لَهُ بِالْبُرْكََةِ فِي بَيْعِهِ ، وَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ ، وَأَخْرَجَهُ أَيْضاً التِّرْمِذِيُّ وَابْنُ مَاجَةَ وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، وَقَالَ الْمُنْذَرِيُّ وَالنَّوَوِيُّ إِسْنَادُهُ صَحِيحٌ ص ٢٧٠ - ه نيل الأوطار .

مصلحة في ماله صلى الله عليه وسلم ، فإن قيل كيف يوكل فيما سيملك قلنا إذا وُكِّلَ في بيع ما يراه مصلحة من ماله ، دخل غير الموجود ، تابعاً للمأخوذ ، وإنما يبطل إذا خصص الوكالة فيما سيملك ، ألا تراه لو قال : وقفت على من سيولد لي لم يجز ، ولو قال على أولادي ومن سيولد جاز .

وقوله : (ووکیل خصومة ، لا یستوفی کعکسه ، ولا یقرُّ وانعزل به ، فإن أبرأً وصالح لَغا كشهادته له فيها إلا انعزل قبل خوض) .

أى : وُكِّلَ رجلاً في خصومة آخر ، كإثبات حق له عليه ، لم يكن له أن يستوفيه وإن وُكِّلَ في الاستيفاء منه ، لم يكن وكيلاً في خصومته ؛ لأن كلا منهما ليس من لوازم الآخر ، بخلاف القبض والإقباض في البيع ، فإنهما من لوازمه ، وليس للوكيل في الخصومة أن يقر لخصم موكله ، فإن فعل انعزل لاعترافه أن مطالبته لا تجوز ، وإن أبرأً غريم موكله أو صالحه عن شيء لغا ولا ينعزل ، لأنه باطل وكذا إذا شهد لموكله في الخصومة التي وُكِّلَ فيها لم يقبل ولم ينعزل لكنه إذا عُزِلَ قبل الخوض في الخصومة وشهد لموكله قبلت شهادته لعدم التهمة ، وقوله في الحاوى : وبالخصومة لا يقرُّ ولا يصالح ولا يبرىء ولا يشهد له فيها إلا إن عزل قبل الخوض : قضى بمنع الوكيل ، من هذه الأشياء ، ولم يبين ما حكمها ، إذا فعلها ، وحكمها مُخْتَلَفٌ فإن الإقرار ينعزل به الوكيل لما بيناه ، وكذا بشهادة على الموكل ، ولا ينعزل بالإبراء وبالمصالحة والشهادة للموكل .

وقوله : (فَإِنْ قَالَ اعْفُ عَنْ الْقَوْدِ بِخَمْرٍ ، فَعَفَا بِهِ ، لَا بغيره
صح بالدية) .

أى : وإذا وكله فى القصاص أن يعفو عن القصاص بعوض فاسد ،
كالخمر ، امثل وعفا على الخمر صح العفو ، وسقط القصاص
ووجب الدية لكون العوض فاسدا ، وإن لم يمثّل وصالح ، بفساد
آخر كالخنزير أو بدراهم أو بالدية لم يصح على الأصح لعدم الامتثال .

وقوله فى الحاوى : وبالصالح عن الدم على الخمر إن فعل صح
العفو لا عن خنزير كعكسه : يوهّم تخصيص البطلان بما إذا خالف
فى الفاسد بفساد آخر ، وليس كذلك ، بل لو صالح فى هذه الصورة
على الدية فهو كما لو صالح على خنزير ، والأصح فيهما البطلان .

وقوله : (ولغا توكيل فى تصرف فاسد^(١)) .

أى : وإذا وكله أن يتصرف تصرفاً فاسداً لم يملك الصحيح ،
ولا الفاسد بخلاف ما إذا فسدت الوكالة بغير ذلك كتعليقها بشرط
ونحوه فإنها تفسد وينفذ التصرف ، وهذا معنى قوله فى الحاوى :
ويفسد بالتصرف الفاسد فحرف الجر متعلق بالوكالة وإن سبق إلى
الفهم ، أنه متعلق بقوله ويفسد .

وقوله : (وَبَيْعٌ جُرِّدَ لِمَوْكَلَّهِ ، وَبِمَخَالَفَةٍ ، بَيْعٌ وَكَذَا اشْتَرَاءٌ بِعَيْنِ
لَا فى ذِمَّةٍ ، بل تقع له ، وإن سمي موكله) .

(١) كيع واشترى قدوم زيد فلا يملك المقد الصحيح لعدم الإذن ولا الفاسد لمنع الشرع / ف .

أى : ولغا بيع جُرد لموكله ، فإذا قال بعت موكلك هذا العبد . فقال قبلته ، فهو باطل لعدم المخاطبة بينهما ، وللعقد أحكام في المجلس وغيره تتعلق بالعاقدين كالخيار والتسليم والقبض فلا بد من موجب العقد بخلاف النكاح فإنه لا عهدة عليه تتعلق بالوكيل بل لا يصح فيه إلا إذا سميا الموكل لتقع الشهادة المشروطة في العقد عليه ، فإن أمر الموكل بالبيع على صفة فعقد بخلافها بأن قال بع بذهب فباع بفضة أو عكسه لغا العقد ، وكذا إن خالفه في الشراء بأن قال اشترى عبداً حبشياً فاشترى نوبياً ، أو شرط الخيار للبائع بلا إذن ونحوه ، فإنه يُنظر إن عقد بعين مال الموكل بطل كما إذا قال بع العبد ، فباع الجارية ، وإن اشتراه في الذمة وقع للوكيل سواء سمي موكله أم لا ؟ ولو قال اشترى في الذمة ثم انقذ المال فيه ، فاشتراه بعين ماله لم يصح لأنه عقد بعين ماله على غير الوصف ، ولو اشتراه في الذمة كما أمر ثم سلم المال من نفسه وقع للموكل ، ولم يرجع عليه لأنه قضى دينه بغير إذنه .

وقوله : (وتعلق حكم عقد بوكيله ، وطولبا بالدين ، كعامل ورَبّ المال) .

أى : وأحكام عقد البيع والشراء ونحوه يتعلق بالوكيل فيعتبر رأيته ويلزمه لمفارقتها المجلس ، ولا تعتبر رؤية الموكل ولا مفارقتها المجلس إن حضر ، وكذلك في تقابض الربوى وقبض رأس مال السلم في المجلس ، فلو أجاز الموكل العقد قبل التفرق كان للوكيل فسخه ،

نقله في العزيز والروضة عن التتمة ، وأما الثمن فيطالبان به جميعاً الوكيل والموكل وكذا العامل ورب المال وأما الملك فيختص به الموكل ولا يدخل أولاً في ملك الوكيل على الأصح ، لأنه لو دخل لعق عليه أبوه.

وقوله : (وَيَنْعَزِلُ بَعْزُلٌ وَاحِدٌ ، وَجَحْدُهُ بِلَا عَذْرٍ وَبِزَوَالٍ أَهْلِيَّتُهُ كَأَغْمَائِهِ وَزَوَالٍ مَلَكُهُ أَوْ مَنْفَعَتِهِ) .

أى : وينعزل الوكيل بعزل واحد وهو إما نفس الموكل لأن العقد جائز من الجانبين جميعاً ، ويُؤخذ من هذا الإطلاق أنه ينعزل وإن لم يعلم وهو الأظهر من القولين^(١) ، كما لو زالت أهليته ، فإنه ينعزل وكيله ، وإن لم يعلم وأما عدم انعزال القاضي قبل بلوغ الخبر إليه فلما يترتب على عمله من المصالح الكلية ، وينعزل بجحد واحد منهما للوكالة من غير عذر ، بأن جحد وهو عالم غير محتاج إلى الجحد ، وأما إذا جحد ، ناسياً ، أو قبل العلم بالنيابة ، أو بعده لكنه خاف ضرراً ونحوه لم ينعزل ، وكذا إذا جن أحدهما ، أو أغمى عليه ، انعزل إلا إذا أغمى على موكله في الرمي فإنه لا ينعزل وكيله على الأصح ، وقد سبق ذكره في الحج ، وينعزل الوكيل في الحجر عليه لسفه ، أو فلس ، وباسترقاقه ، وينعزل بزوال الملك فيما وكل فيه ، بأن باعه ، أو أعتقه أو باعه الوكيل ، ثم عاد إليه بعيب ونحوه ولا يملك بيعه ثانياً على الأصح ، وكذا بزوال منفعته بأن أجره أو زوج الجارية ، ولا يخفى أن الرهن كزوال الملك لامتناع

(١) والقول الآخر يقول لا ينعزل حتى يبلغه الخبر كالقاضي شرح المنهاج باب الوكالة - ٣ / ٢ .

تصرف المالك فيه ، وقوله في الحاوى : وَيَنْعَزِلُ بِعَزْلٍ واحد وجحده
بالعلم بلا غرض ، وزوال أهلية واحد كالإغماء وزوال الملك ورد
الوكيل . فيه أمور :

أحدها : قوله وزوال أهلية واحد كالصرح بأن الضمير في قوله
وجحده عائداً إلى الوكيل خاصة والجحد من كل منهما ولا عذر وكان
الصواب أن يقول وجحده وزوال أهليته .

الثاني : أنه اقتصر على زوال الملك فيما وكل فيه فأوهم أنه
لو أجزه أو زوج الجارية لم ينزل وليس كذلك ، كما هو مذكور
في العزيز والروضة .

الثالث : قوله ورد الوكيل قد سبق قوله وعزل واحد ، وهو داخل
فيه ، فإن قوله ردت الوكالة كقوله فسختها .

وقوله : (لا يَتَعَدَّ وَضْمَنُ بِهِ ، لا بَعْدَ بَيْعٍ ، أو إقْبَاضٍ ، ولا الثمن ،
وعاد إن عاد بفسخ) .

أى : ولا ينزل بالتعدي فيما وكل فيه لكنه يصير ضامناً به
فإن باعه بالوكالة وأَقْبَضَهُ برئ من الضمان ، وكان الثمن في يده
أمانة ولكن إن عاد إليه بفسخ ونحوه عاد الضمان ، وقوله في الحاوى :
وَضْمَنَ لَا ثَمَنَهُ ، ولا إن باع وسلم يقضاه أنه بما يضمنه إذا لم يبع

وسلم ، فإذا باع وسلم بآن أن لا ضمان وليس كذلك ، بل يكون ضامناً وسقط عنه الضمان بالبيع ، وتلزمه الأجرة للمدة الماضية .

وقوله : (وحلف^(١)) نافي إذن^(٢) ، وصفته ، وتصرف وكيل ، وقبض ثمن مبيع أو سلم بحق) .

أى : إذا اختلفا فقال مدعى الوكالة أذنت لى فى بيع الثوب وقال المالك ما أذنت لك ، فالقول قوله مع يمينه وكذلك القول قول نافي صفة الإذن ، كأن قال : أذنت لى فى البيع مؤجلاً فقال لم آذن فى الأجل ، أو أذنت لى فى البيع بعشرة ، أو فى بيعه كله ، فالقول قول النافي ، لأن الأصل عدم ما ادّعاه ، وكذلك إذا اختلفا فى التصرف فقال تصرفت فقال المالك لم تصرف بعد ، فالقول قول المالك ، وإن قال قبل العزل على المذهب ، لأن الأصل عدم تصرفه ، وإن اختلفا فقال الوكيل قبضت الثمن وتلف فى يدي ، وقال المالك لم تقبضه بعد ، فإن كان المبيع باقياً فى يده ، فالقول قول المالك على الأصح ، لأن الأصل أنه لم يقبض الثمن ، وإن كان بعد قبض المبيع فالقول قول وكيل على الأصح ؛ لأنه أمين ، وتسليم المبيع قبل قبض الثمن تقصير وخيانة فلا يصدق عليه لذلك ، نعم إن كان قد آذن فى تسليم المبيع قبل قبض الثمن أو فى البيع بمؤجل ، أو لم يأذن وكان فى التأجيل مصلحة ، لم يكن خائناً ولا مقصراً بالتسليم إليه فيكون الأصح أن القول قول

(١) لو ادعى وكيل أنه آذن له فى بيع كذا أو فى نسيته ، أو بعشرة ، أو بيع كله ، فأنكر المالك ولايته حلف نافي الخ / ف .

(٢) ستأتى هذه فى الدعاوى فهى مكررة / ف .

المالك ، فقوله فى الإرشاد : أو سلم بحق يشمل ذلك كله ، وقوله فى الحاوى : وقبض الثمن قبل تسليم المبيع مقتضاه أنه بعد التسليم لا يقبل قول الموكل مطلقاً ، وليس كذلك ، بل إذا كان التسليم بإذنه قبلَ قَوْلِهِ . وله المطالبة لما بيناه .

وقوله : (وإن اشترى له جاريةً ، فَحَلَفَ لَقَدْ خَالَفه ، والبائع مُقَرَّرٌ بالمال لموكله ، فلا شراء ، أو منكر وَقَعْتُ للوكيل إن كذب وعقد فى الذمة ، وإلا وقعت له ، ظاهراً ، وله بيعها ليستوفى إن لم يَبِعْهُ الموكل ، ولو بآن كُنْتُ أَذْنْتُ فَقَدْ بَعْتُكَهَا ، أو البائع إن كَذَّبَ والشراء بالعين) .

أى : إذا وكله فى شراء جارية بعشرين ديناراً مثلاً ، وكان البائع معترفاً بأنه وكيله والمال ماله ، فأنكر الموكل الإذن بذلك وحلف ما أَذْنْتُ له إلا بعشرة فلا شراء ، لأنَّ الموكل أنكر الإذن الذى يصح به الشراء ، وإن أنكر البائع وكالته ، نظرت ، فإن كان الوكيل كاذباً وكان الثمن فى ذمته ، فإن الجارية تقع له ظاهراً وباطناً ، لأنَّه خالف الموكل ، فوقع العقد له وإن كان صادقاً لم يحل له وطؤها ، لكن له بيعها ليستوفى لأنَّ الموكل ظلمه بأخذ المال منه ، وقد ظفر بماله فله بيعها للاستيفاء منه ، وإن كان الشراء بالعين ، وهو كاذب لم يكن له بيعها ؛ لأنها ملك للبالغ ، فكيف يشتريها من الموكل لكن البائع ظلمه بأخذ الثمن ، فإن باعها منه ، وإلا فله بَيْعُهَا ، وقوله فى الحاوى : فإذا اشترى جارية بعشرين وحلف أنه لم يأذن فيه واعترف البائع

بوكالته ، اندفع الشراء ، وإن أنكر فيقول للوكيل بعثك بعشرين
وإن أذنت فقد بعثك صح ، وإلا فلا يحل له ، وله بيعها . فيه
أمران :

أحدهما : أنه حرم على الوكيل وطؤها مطلقاً وقد ذكرنا أنها تحل
له في حالة وهو إذا كان كاذباً والشراء في ذمته لما بيّناه أولاً .

والثاني : أنه جوز له شراءها من الموكل مطلقاً وذلك لا يجوز
حين يكون كاذباً ، والشراء بالعين لما بيّناه ، أنها تكون ملكاً للبائع .
وقوله : (ولغير مُصَدِّقٍ في أداء) ، حَبْسٌ لِإِشْهَاد^(١) ، وَلِإِثْبَاتِ وَكِيلٍ
لَا وَارِثَ وَمُحْتَالَ إِنْ صَدَّقَ) .

أى : من كان تحت يده مال لغيره فلا يخلو ، إما أن يكون
مصدقاً في الرد أولاً ، فإن كان مصدقاً كالوديع والوكيل فليس له
حَبْسُ الْمَالِ عَنْهُ أَيْ تَحْبِيسُهُ ، طلباً للإشهاد عليه على الأصح لأنه يصدق
في الرد ، وإن كان لا يصدق كالوصى والغاصب والمستعير والمستام فله
حبسه ، وكذا المؤمن في التسليم إلى وكيل المالك ؛ لأنه لا يؤمن من
الجهود والتسليم ثانياً : ولكل التأخير عن وكيل المالك إلى إثباته
بالوكالة سواء صدق أم لا ، فإن جاء وارث المالك ووديعه أو غاصبه
فطلب منه المال وصدقه أنه وارثه لم يكن له تكليفه الإثبات ، وكذا
المحتال إذا صدق في الحوالة عليه ، لأنه اعترف لهما بالملك ، وأما

(١) أى إلى . ولأجل إشهاد القابض على نفسه بالقبض وإن لم تكن عليه بينة بأن المال عنده لعدم قبوله ، فلو كلف عدم
الحبس لتضرر ولأجل هذا سُمِحَ الْغَاصِبُ فِي التَّأْخِيرِ لِذَلِكَ مَعَ وَجُوبِ التَّوْبَةِ عَلَيْهِ فَوْرًا الْمَتَوَفِّقَةَ عَلَى الرَّدِّ / ف .

الحبس للإشهاد ، إن كان عليه شهود فله وإلا فوجهان ، والمستعير أولى .

وقوله : (وَضَمِنَ مُؤْتَمَنٌ وَمَدْيُونٌ ، أَدْيَا ، بِإِذْنِ مَالِكٍ غَائِبٍ بِلَا إِشْهَادٍ إِنْ صَدَّقَ)

أى : إذا كان لرجل عند آخر مال أو له عليه دينٌ ، وأمره بتسليمه إلى غريم ونحوه . فحقه أن يشهد عليه ، فإن سلم المال من غير إشهاد نظرت ، فإن كان المالك حاضراً لم يضمن على الأصح ، وإن كان غائباً وجحد الغريم وحلف المؤدى إن كذبه المالك وإن صدقه لم يضمن على الأصح ، وقوله في الحاوى : وضمن الوكيل لا المودع بتركه : فيه أمران :

أحدهما : أنه ألزم الوكيل الضمان بترك الإشهاد مطلقاً ، والأصح أنه إذا سلم بحضرة الموكل لم يضمن .

الثانى : أنه أسقط الضمان عن مودع لم يشهد وأطلق وليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا صدقة الموكل ، فإن كذبه ضمن كما هو المعروف فى المذهب .

وقوله : (وَإِنْ جَحَدَ وَكَيْلٌ قَبْضَ ثَمَنِ ، وَثَبَتَ ضَمْنُ ، لَا إِنْ أَثْبَتَ بَتَلَفٍ قَبْلَ جَحْدٍ ، أَوْ بَرْدٌ ، وَصُدِّقَ ، فِى تَلَفٍ بَعْدَهُ لِيُضْمَنَ ^(١)) .

(١) البذل للموكل لخيانته ، ففائدة تصديقه انقطاع المطالبة بالعين ، كما يصدق الغاصب ، فى دعوى التلف وتنقطع عنه بالمطالبة بالعين وأولى / ف

أى : إذا قبض الوكيل الثمن ثم جحد نظرت ، فإن قال لا تستحق على شيئاً . ثم ادعى التلف أو الرد صدق إذ لا تناقض فى كلامه ، وإن قال لم توكلنى أو لم أقبض فأقام الموكل البيّنة على ما أنكره لم يصدق فى دعوى التلف والرد ، وهل يسمع ببيئته ، إن أقامها ؟ فيه وجهان ، الأصح أنها تسمع . فإذا سمعت نظرت ، فإن شهدت بالردّ فلا كلام ، وإن شهدت بالتلف نظرت ، فإن شهدت بأنّه كان قبل الجحود سقط الغرم وإلا وجب ، وإن ادعى التلف بعد الجحود وصدق بيمينه ، وغرم القيمة لعداوته^(١) ، وقوله فى الحاوى : وإن ثبت قبض الوكيل لم تُسمع بيّنة التلف والرد قبل الجحود وبعده تسمع بيّنة الرد ، ويصدق فى التلف ، ويضمن قطعاً بإذن ، إذا ثبت بإذنه تلف أو ردّه أوّلاً قبل جحوده ، لا تسمع والأصح أنها تسمع كما صححه الرافعى والنووى ونسباً مقابله إلى الإمام والغزالي ، فقط ، وأنه لا يضمن والحالة هذه .

(١) فى (ب) (لعلوانه) والمعنى قريب وهو التعلّى والمخالفة / م .

الإقرار

وقوله : (باب^(١)) : يؤخذ مكلف أقر عن رضا) .

أى : فلا يؤخذ الصبي والمجنون والمكره وقد ذكر حكم المحجور عليه فى بابه ، ودخل السكران فى المكلف والمريض والرقيق فإنهم مكلفون ولم يتعرض فى الحاوى لاختيار^(٢) المقر .

وقوله : (كعلّى أو فى ذمتى عندى معى) .

أى : هذه صيغ الإقرار ، فإذا قال له : فى ذمتى ألف لم يقبل تفسيره إلّا بالدين ، فإن فسره بالوديعة لم يقبل ، وأما عندى ومعى فيصلح للعين والدين ، فإن فسره بالوديعة وأدعى تلفها وأما على فسيأتى .

وقوله : (وبقوله لشريكه الغنى أعتقت) .

أى : يؤخذ بذلك لأنه إقرار بعق نصيبه بالسراية بخلاف الشريك المعسر .

وقوله : (ونعم بجواب اشتر عبدى هذا) .

(١) فى الإقرار وهو لغة الإثبات وشرعاً إخبار خاص عن حق سابق لغيره عليه ، وعكسه الدعوى ، ولغيره على غيره الشهادة ، أما العام عن محسوس ، فهو الرواية وعن حكم شرعى فهو الفتوى ، وأركانه أربعة مقر وصيغة ومقر له وبه ، الأول المقر وشرطه تكليف واختيار وعدم الحجر كما مر فحينئذ يؤخذ الخ / ف .

(٢) لما عرف من أن المكره لا يمتد بعمله إذا توافرت شروط الإكراه لحديث « رفع عن أمى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

وح « المكلف يؤخذ بإقراره كمل وفى ذمتى وعندى ومعى وأعتقت شركاً للموسر نصيبه ولاونعم لجواب ألك زوجة » .

أى : إذا أجاب من قال له اشترِ عبدى هذا فقال نعم ، فهو إقرار من القائل نعم بالعبد لمن يعرضه للبيع ، فلو قال اشتر هذا العبد منى ، فقال نعم ، فهو إقرار بملك البيع لا العبد ، ولو ادعى عليه عبداً فقال اشتريته من وكيلك ، فهو إقرار بالعبد ، فيحلف أنه ما وكله ويأخذه ، وقوله فى الحاوى : ولا ونعم لجواب : ألك زوجة واشتر عبدى هذا : فيه لف ونشر ، فألك زوجة ؟ جوابه قوله لا ، واشتر عبدى هذا جوابه نعم ، لكن قوله : إن الإقرار ، بأن لا زوجة وجه ، وقيل هو كناية وصححه الرافعى ، والمنصوص فى الإيلاء والذى به كثير من الأصحاب ، أنه كذب لاغٍ .

وقوله : (وبغنى ما تدعيه ، لا صالحنى)^(١)

أى : إذا تنازع رجلان فى شئ فقال أحدهما للآخر بغنى إياه ، فهو إقرار ، منه له بملكه ، ولو قال صالحنى عنه ، لم يكن إقراراً على الأصح ، وقد يكون مراده قطع الخصومة ، لا الاعتراف .

وقوله : (وبجواب أليس لى ؟ أولى عليك : بلى ونعم ، صدقت وأجل ، وأبرأتنى وقضيتُهُ وأمهلتنى وأنا مقر به بلا استهزاء) .

أى : إذا قال له أليس لى عليك ألف ؟ فقال : بلى أو نعم : فهذا إقرار لأن بلى فى العربية موضوعة لإيجاب النفى ، ولكن اطرء فى العرف استعمالها مكان نعم ، واستعمال نعم مكانها ، فإذا قلت ألى

(١) عن دعواك أو عما تدعيه ، فلا يؤخذ لعدم تضمنه الإقرار له بالملك لأنه ربما أراد قطع المنازعة ، والصلح يغلب وقوعه عن الإنكار / ف .

عليك ألف فقال نعم أو بلى ، فهو إقرار ، وكذا إذا قلت أليس لي عليك ألف ، فقال نعم أو بلى فهو إقرار وكذلك صدقت ، وأجل وأبرأتني وقضيتُهُ ، وأمهلتني وأنا مُقربهُ ، كُلُّها إقرار صحيح ، في جوابها ، إلا أنه إذا انضم إلى الصريح قرينة تقتضي الاستهزاء كتحرريك الرأس والإشارة الدالة عليه ، لا يكون إقراراً على الأصح ولم يتعرض في الحاوي : في الاستهزاء ولا بد من ذكره .

وقوله : (لا مُقِرُّ وأقربهُ ، ولا زنه وخذه) .

أى : ليس قوله في جواب لي عليك ، أو أليس لي عليك ؟ ألف : أنا مقر ، لم يكن إقراراً لعدم الصلة ، وكذا أنا أقربهُ على الصحيح فيهما ، لأن هذا وعد ، وكذلك زنه وخذه ونحوه ، لأن هذا ليس ملزماً وإنما يرد كثيراً على سبيل الاستهزاء .

وقوله : (لأهل لم يُكذَّبُ)^(١) .

أى : يؤخذ المكلف إذا أقر لمن هو أهل للإقرار له ، فلو قال : لهذه الدابة على ألف لغاً ويشترط ألا يكون المقر له ولا يشترط أن يصدقه ، بل لو سكت حتى مات ، فلوارثه مطالبته ، وقال ابن النحوى في شرحه خرج بقوله لأهل ما لو أقر للغير بدَيْن عقيب ثبوته له بحيث لا يحتمل جريان ناقل ، قلت : وليس بصحيح بل لو أثبت

(١) الركن الثالث المقر له : فلا يؤخذ المكلف إلا بإقراره لمن هو أهل للإقرار بأن يكون مكلفاً مختاراً أهلاً لتصرف / م .

بشمن مبيع ولو في الذمة ثم أقر بالثمن عقيب إثبات أنه لزيد
صح وحمل على أنه وكيل وإن لم يكن جريان ناقل .

وقوله : (مُعَيَّنٌ تَعْيِينًا يَتَوَقَّعُ مِنْهُ طَلَبٌ) .

أى : يمكن أن يطالبه المقر له ، فلو قال : لأهل البلد على ألف
فهذا لاغ ، فلو قال : لأحد هذين الرجلين أو أحدهما هؤلاء الثلاثة
صح إقراره ، لأن الدعوى منهما متوقعة ، وإن ادعى الألف الذى
عنده ، سُمِعَتْ ، فإن عين لأحدهما فلاخر تحليفه ، وإن قال :
لا أعرفه ، لمن هو منهما ، وحلف أخذ منه ووقف حتى يتبين ،
أو يصطلحا .

وقوله : (كَحَمْلٍ وَمَسْجِدٍ بِإِمْكَانٍ وَعَبْدٍ وَيَقَعُ لِمَالِكِهِ كُلِّ بِسَبَبِ ذَابْتِهِ) .

أى : والموصوف بأهلية الإقرار كالحمل والمسجد ، فإذا أقر
لحمل أو مسجد أو عبد صح الإقرار سواء أسند إقراره إلى جهة
ممكنة كالإرث للحمل ، أو الوصية للجميع ، أو أطلق ، وإن
أضاف إلى جهة باطلة ، وقال للحمل أو للمسجد باعنى إياه أو
أقرضنيه لم يصح على الأصح ، الذى صححه النووى فى الروضة
والرافعى فى المحرر ، وهو مقتضى كلام الحاوى^(١) لأنه أطلق صحة
الإقرار للحمل ، وكذلك إذا قال : لفلان على كذا بسبب ذابته
صح حملا على أنه جنى عليها ، أو اكترأها ثم ما أقر به للعبد
أو بسبب الدابة فهو لمالكها .

(١) وفى « معين نوع تعيين يتوقع منه الطلب كحمل ومسجد وعبد ودابة قال بسببها لمالكها » .

وقوله : (واشترأ عبدٌ قال أعتقته ، فداءً في حقه ، فلا يُخير ، ووُقفَ ولأوه ، وأخذ ثمنه من تركته حيث لا وارث) .

أى : إذا قال رجل فلان أعتق عبده ، ثم اشتراه منه ، أخذناه بإقراره ، وكذا الشراء في حقه فداء ، والبيع في حق البائع بيعاً فيثبت الخيار للبائع ولا يثبت للمشتري ويرد البائع الثمن المعين بالعيب ويسترد العبد وإن كان لا يسترد ما أعتقه المشتري لأن المشتري هنا لم يعتقه ، فإذا اكتسب هذا العبد مالا ومات ، ولا وارث له ، لم يكن لأحدهما أن يرثه لكن المشتري مُعْتَرِفٌ بأن التركة للبائع وقد ظلمه بأخذ الثمن ، فله أن يأخذ قدره منها ، أما إذا قال : هو حرُّ الأَصْلِ فإنه لا يأخذ منها شيئاً ، بل هى لبیت المال ، وقوله في الحاوى : ويأخذ الثمن من تركته : أطلق أنه يأخذ الثمن من تركته ، وهو لا يأخذ إلا إذا لم يكن له وارث لم يظلمه .

وقوله : (ونفذَ مِنْ مَالِكَ ، بِمَالِهِ إِنشَاؤُهُ ، ومن مريض ، وبهبة بإقباض ، في صِحَّة لوارث ، وامرأة^(١) بنكاح ، ومُفْلِسٍ ، وأَعْمَى ببيع ، ومَجْهُولٍ برق ، وَوَارِثٍ بِدَيْن) .

أى : ونفذ بإقرار المالك بما يقدر على إنشائه ، فينفذ إقرار

(١) حرة كما بحثه الزركشى ولو سفية ، وقوله بنكاح أى لم تقيده بوقت لايقبله ، كمدة وإحرام كما بحثه الأذرى إن صدقها الزوج ، وإن لم تملك إنشاء لأنه حقها ، يثبت بتقارها وإن لم تفصل إن وقع في جواب دعوى وإلا اشترط تفصيلها كزوجى ولبي وعدلين ورضائى وهذا محل تناقض وقع للشيخين ، ولو كذبها الولي والشهود لاحتمال نسيانهم ، أو الزوج غير كفه كما قاله البغوى ، لأنه ليس بإنشاء عقد ، وقوله مارضيت لايؤثر ، كما لو قرت بنكاح وأنكر ، لكن فنى الغزالي بالمنع عند تكذيبه ، واعتمد الأذرى غيره ، ولو أقرت لواحد ، والمجير لآخر قدم السابق ، فإن أقرا معاً ، قدم إقرارها ، فإن جهل اتجاهه إلى الوقف أن رجب انكشافه وإلا بطل / ف .

الموكل بالبيع لأنه مالك يقدر على الإنشاء ولا ينفذ بإقرار الوكيل بتصرف أو استيفاء ، وإن قدر على الإنشاء لأنه غير مالك ، وينفذ إقرار المريض في المرض للوارث وغيره بالأعيان والديون ، وأما التبرعات فإن كانت من الثلث نفذ للأجنبي لا للوارث ، إلا إذا سندها إلى وقت الصحة . وهنا مسائل ينفذ الإقرار بها وليس للمالك إنشاؤها ، وهي إقرار المريض بالهبة في الصحة ولو لوارثه وينفذ إقرار المرأة بالنكاح ، وليس لها إنشاؤه ، وأما غير المجبر فلا يملك الإقرار بالنكاح ، لأنه ليس له إنشاؤه إلا بإذن ، فهو كالوكيل ، والمجبر ينفذ إقراره بالنكاح على البكر ، وينفذ إقرار المفلس ببيع الأعيان . وكذا الأعمى وكان ليس لهما إنشاؤه ، وينفذ إقرار المجهول بالرق ، وإن كان لا يقدر على إنشائه ، وينفذ إقرار الوارث بالدين على مورثه ، وإن كان لا يملك إنشاؤه عليه ، وقوله في الحاوى : ونفذ بما يمكنه إنشاؤه ، ومن المريض ولو للوارث ، لا إن قال وهبت منه في الصحة ، ومن المرأة بالنكاح ، لا غير المجبر : انتهى ، فحضر نفوذ الإقرار فيما يمكن إنشاؤه ومن المرأة بالنكاح فيرد عليه ، مسائل : أحدهما : إذا قال الوكيل بعت من زيد كما أذنت فقال الموكل لم تبع بعد فإنه لا يقبل إقرار الوكيل على الأصح مع قدرته على الإنشاء .

الثانية : إذا قال استوفيت كما أمرتني وكذبه الموكل وقد سبقا في الوكالة ولا ترد هاتان على الإرشاد ، لأنه قال : ونفذ من مالك ماله إنشاؤه والوكيل غير المالك .

الثالثة : إقرار المفلس ببيع الأعيان فإنه ينفذ ولا يمكنه إنشاؤه .

الرابعة : إقرار الأعمى بالبيع .

الخامسة : إقرار الوارث ، بالدين على مورثه .

السادسة : إقرار المجهول بالرق وهذه المسائل لا ترد على الإرشاد لأنه قد نص عليها مع الحد واستثنى في الحاوى^(١) إقرار المريض بالهبة للوارث في الصحة وقضى بأنه لا يصح والراجح في الروضة الصحة .

وقوله : (ومن عبْد لا على سيِّده ، بموجب مَالٍ إلا لتجارة وقتها) .

أى : ينفذ إقرار العبد على نفسه ، بما يوجب عليه مالا وكذا قصاصا ، وإن أضر بالسيد لأنه غير متهم فيه لما يلحقه من الضرر ، ولا ينفذ على السيد بما يوجب عليه مالا إلا بالدين صرح بأنه دين تجارة ، وأقرببه حالة الإذن فيها ، حينئذ يتعلق بكسبه ، وبما في يده ، وإن أقر بدين ولم يصرح بأن سببه التجارة أو صرح به لكن بعد الحجر عليه ، لم يلزم السيد إقراره ويتعلق بدمته ، وقوله في الحاوى والعبد بدين مطلقا وجناية للمال فيه أمران :

أحدهما أنه قال بدين مطلقا فأوهم أنه لا يصح إقراره بدين أصلا ولم يرد ذلك ، وإنما أراد به لا يقبل إقراره بدين غير التجارة

(١) وفي ح « ومن المريض ولو للوارث لا إن قال وميت منه في الصحة » .

فلو قال بدين مطلقا لكان أقرب ، لأنه وإن كان لا يفهم بأى شئ يفيد فقد يفهم فى باب العبد المأذون .

الثانى : أنه يفهم أنه لا ينفذ إقراره وهو ينفذ فى ذمته لكن لا ينفذ فى حق السيد .

وقوله : (وإقرار مَرَضِهِ ووارثِهِ كصِحَّتِهِ وَقُدِّمَ بَعَيْنِ) .

أى : ويستوى إقراره وإقرار وارثه على الأصح وإقراره فى المرض كإقراره فى الصحة فإذا أقرَّ صحيحاً لزید ثم مرض فأقرَّ لِعَمْرُو ثم مات فأقرَّ ورثته لبكر صاروا فى التركة سواء على الأصح ، نعم الإقرار بالعين ولو من الوارث مقدم على الإقرار بالدين ، ولو فى الصحة .

وقوله : (وحبس لتفسير مُبْهَمٍ ، لا نَحْوُ لِكُلِّ مِنْكُمَا أَلْفٌ وَنِصْفٌ مَا لِلْآخِرِ ، إِذْ لِكُلِّ أَلْفَانِ ، أَوْ ثُلُثٌ مَا لِلْآخِرِ فَلِكُلِّ أَلْفٌ وَنِصْفُهُ ، أَوْ إِلَّا نِصْفُ مَا لِلْآخِرِ ، فَلِكُلِّ أَلْفٍ إِلَّا ثُلُثُهُ ، أَوْ إِلَّا ثُلُثٌ مَا لِلْآخِرِ ، فَلِكُلِّ أَلْفٍ إِلَّا رُبُعُهُ ، أَوْ إِلَّا ثُلُثًا مَا لِلْآخِرِ ، فَلِكُلِّ ثَلَاثَةِ آلَافٍ ، أَوْ قَالَ لَزِيدٍ أَلْفٍ إِلَّا نِصْفٌ مَا لِعَمْرُو ، وَلِعَمْرُو أَلْفٌ إِلَّا ثُلُثٌ مَا لَزَيْدٍ ، فَلِزَيْدٍ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسٍ أَلْفٌ ، وَلِعَمْرُو أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، أَوْ قَالَ لَزَيْدٍ أَلْفٌ وَنِصْفٌ مَا لِعَمْرُو ، وَلِعَمْرُو أَلْفٌ وَثُلُثٌ مَا لَزَيْدٍ ، فَلِزَيْدٍ أَلْفٌ وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَلِعَمْرُو أَلْفٌ وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ) .

أى : وإن قال له عَلَى شَيْءٍ أَوْ مَالٍ وَنَحْوَهُ صَحَّ إِقْرَارُهُ وَأَمْرَانَاهُ بِتَفْسِيرِهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ حُبْسٌ ، وَلَوْ أَقْرَبَ بِمَا لَا يَعْرِفُ بِدِيْهِهٖ لَكِنَّهُ يَعْرِفُ

بعد البحث لم يحبس بل يبحث عن تفسيره ، فإذا قال : له على وزن هذه الصَّنَجَة ، أو مثل ما باع فلان فرسه ، بحث عن وزن الصَّنَجَة عَمَّا وباع به فلان فرسه ولزمه مثله ، وإذا قال : لكل منكما على أَلْفٍ ونصف ما للآخر فليس هذا مبهما ولزمه أَلْفان وطريق استخراجه أن يعرف أولاً مراتب الكسور ، وهى العشر ثم التسع ثم الثمن ثم السبع ثم السدس ، ثم الخمس ثم الربع ثم الثلث ثم النصف ثم الكل ، ثم ينظر إلى عدد الكسر المعطوف ويرتقى إلى المرتبة التى فوق ذلك الكسر ، بعدد ذلك الكسر المعطوف وإن كان كسرا واحدا ارتقى مرتبة واحدة ، أو كسرين ارتقى مرتبتين وعلى هذا ، فإذا ارتقى بعدد ذلك الكسر أخذ ما انتهى إليه ارتقاؤه من مراتب الكسور ، أو غيرها فيزيده على ذلك العدد المعين وهو الألف ، فى مسألتنا ، وتكون الزيادة بعدد ذلك الكسر ، وإن كان الكسر واحدا زدت ما انتهى إليه الارتقاء مرة ، وإن كان أكثر فبعدده ، ففى قوله : لكل منكما على أَلْفٍ ونصف ما للآخر لما كان الكسر المعطوف وهو النصف واحدا ارتقى إلى ما فوقه مرة واحدة فصار مثل الألف المعين فتضمنه إلى المعين مرة واحدة فيكون لكل أَلْفان ، ولا شك أنه إذا كان لكل أَلْفان كان لكل أَلْفٍ ونصف ما للآخر ، وفى قوله : وثلاث ما للآخر ، يرتقى إلى ما فوق الثلث مرتبة واحدة ، وهو النصف ، وتزيده مرة واحدة على المعين الذى هو الألف ، والمرة خمسمائة ، فيصير الكل أَلْفٍ وخمسمائة ، ويصدق عليه ، لأن لكل واحد أَلْفٍ وثلاث مال الآخر ، أما فى الاستثناء ، فيكون النزول عوضاً عن الارتقاء ، والنقص عوض الزيادة ، وقوله

لكل ألف إلا نصف مال للآخر ، ينزل من النصف إلى الثلث ، ثم ينقص الثلث من الألف مرة واحدة ، فيكون الباقي ثلثي الألف وهو المقر به لكل واحد ويصدق عليه أن لكل ألفا إلا نصف ما للآخر ، وفي قوله : لكل منكما ألف إلا ثلث ما للآخر ينزل من الثلث إلى الربع ثم ينقص الربع من الألف فيكون الباقي ثلاثة أرباع الألف وهو المقر به وتصدق عليه أنه ثلث ما للآخر ، وفي قوله : لكل ألف وثلثا ما للآخر ، ارتقى إلى ما فوق الثلث مرتين ، لأن عدد الكسر اثنان ، وما فوق الثلث مرتين هو المثل لأنه يرتقى إلى النصف ثم إلى المثل ونزيد الألف ، إلى المثل مرتين فيكون لكل منهما ثلاثة آلاف ، فيصدق عليه ، أن لكل منهما ألفا وثلثا ما للآخر ، ولو قال إلا ثلثي ما للآخر لنزل عن الثلث مرتين ، وما تحت الثلث بمرتين هو الخمس ، وينقص الخمس من الألف مرتين ، فيصير لكل ثلاثة أخماس وهو ستمائة . وعلى هذا القياس سائر الصور التي يتفق فيها الكسران أو الكسور والمقداران أو المقادير ، كالنصف والنصف ، والثلث والثلث ، والألف والألف ، وذلك في استخراج ذلك طريق آخر يعم متفق الكسرين ومختلفهما بشرط اتفاق المقدارين ، فما اختلف فيها الكسران ، كالمسألة الأخيرة في الكتاب ، فالعمل أن يضرب مخرج أحد الكسرين في مخرج الآخر ، فما حصل أسقط منه الحاصل من ضرب عدد أحد الكسرين في عدد الآخر ، وتحفظ الباقي بعد الإسقاط وهو خمسة في مسألتنا ، ثم تعود إلى الستة فتزيد عليها لكل كسر كسراً مثله ،

منها فإن كان الكسر نصفاً زدت نصف الستة عليها وإن كان ثلثاً زدت عليها ثلثها هذا في العطف .

وتنقص في الاستثناء ما تزيد في العطف ، وتنسب الحاصل بعد الزيادة أو النقصان إلى المحفوظ ، وهو الباقي من الحاصل من ضرب المخرج في المخرج بعد إسقاط الحاصل من ضرب عدد أحد الكسرين في عدد الآخر ، وتضرب الحاصل بعد الزيادة والنقصان في المقدار المعين ، وتقسم المبلغ على المحفوظ ، فلكل واحد من المقدار بتلك النسبة في النسبة والخارج من القسمة في القسمة ، وقوله في الحاوى : على ألف ونصف ما لعمر ، ولعمر ألف وثلث ما لزيد ، فلزيد ألف وأربعة أخماس الألف ، ولعمر ألف وثلاثة أخماس الألف ؛ لأنك تضرب أحد المخرجين ، في الآخر فتحصل ستة ، وتسقط الحاصل من ضرب عدد أحد الكسرين في عدد الآخر وهو واحد ، تبقى خمسة وهي المحفوظ وتزيد على الستة نصفها ، تصير تسعة تنسبها إلى الخمسة المحفوظة تكون مثلها . وأربعة أخماسها ، فلزيد ألف وأربعة أخماس ألف ، وهي ثمانمائة ، ثم تزيد على الستة ثلثها تصير ثمانية وتنسبها إلى الخمس الباقية فيكون مثلها وثلاثة أخماسها ، فلعمر ألف وثلاثة أخماس ألف ، وهي الألف وستمائة أو تضرب التسعة في الألف فتصير تسعة آلاف ، ثم تقسمها على الخمسة فيكون الخارج ألفاً وأربعة أخماس ألف فلزيد ألف وأربعة أخماس ألف ، وهي ثمانمائة ، أو تضرب الثمانية في الألف فتكون ثمانية آلاف فتقسمها

على الخمسة فيكون الخارج ألفا وثلاثة أخماس ألف ، فلعمرو ألف
وثلاثة أخماس ، وهى ستمائة .

وفى قوله لزيد على ألف إلا نصف ما لعمرو ، ولعمرو ألف إلا ثلث
ما لزيد ، فلزيد ستمائة ولعمرو ثمانمائة ، لأنك تضرب أحد المخرجين
فى الآخر وتُسْقِط من الحاصل واحدا يبقى المحفوظ خمسة كما ذكرناه ،
وتنقص من الستة نصفها تبقى ثلاثة تنسبها إلى الخمسة المحفوظة ،
يكون ثلاثة أخماسها ، فلزيد ثلاثة أخماس ألف وهى ستمائة ،
ثم تنقص من الستة ثلثها تبقى أربعة تنسبها إلى الخمسة ، يكون
أربعة أخماسها ، فلعمرو أربعة أخماس ألف وهى ثمانمائة ، وتضرب
الثلاثة فى الألف ، فتصير ثلاثة آلاف ، وتقسمها على الخمسة يكون
الخارج ثلاثة أخماس ألف فلزيد ثلاثة أخماس ألف وهى ستمائة ،
أو تضرب الأربعة فى الألف ، فتصير أربعة آلاف تقسمها على الخمسة
فيكون الخارج أربعة أخماس ألف ، فلعمرو أربعة أخماس ألف .

وقوله : (أو قال لزيد ألف إلا ثُمْن ما لعمرو ، ولعمرو ألفان إلا
نصف ما لزيد ، فلزيد ثمانمائة ، ولعمرو ألف وستمائة) .

أى : اعلم أن طريقة معرفة ذلك ، أن تجعل ما لزيد شيئا ،
فيكون لعمرو ألفان إلا نصف شيء فتتقصر ثُمْن الألفين ، إلا نصف
ثُمْن شيء ، من الألف الذى هو لزيد ، وذلك مائتان وخمسون إلا نصف
ثُمْن شيء فيكون لزيد سبعمائة وخمسون ونصف ثُمْن شيء تعدل شيئا ،
فسبعمائة وخمسون منها تعدل سبعة أثمان شيء ، ونصف ثُمْن شيء ،

فيعدل نصف ثُمْن الشيء خمسين ، فثمن الشيء مائة ، والشيء ثمانمائة
فلزيد ثمانمائة ، ولعمرو ألفان إلا نصف ما لزيد فله ألف وستمائة .

وقوله : (وقُبِلَ في شيء وكذا ، تفسير بحبة ، ونجس يقتنى ،
وبنجس في غصبته ، لا رَدُّ سَلَامٍ وعبادة) .

أى : إذا قال له على شيء ، أو له على كذا ، ثم فسر بحبة
بُرٍّ أو نجسٍ ، يُقْتَنَى ، ككلب صيد ، جاز لأنهما وإن لم يصح
بيعهما ، فالحبة مملوكة يطلق عليها اسم الشيء ، والنجس المقتنى له
فيها حق الاختصاص ، أما إذا قال ، غصبت منه شيئاً وكذا ، فإنه
يقبل تفسيره بنجس ، وإن لم يُقْتَنَى ، كخنزير وخمر وكلب لا ينفع ،
لأنه بِأَخْذِهِ قهراً يسمى غاصباً له ، ولا يقبل تفسيره للشيء وكذا إذا
فسره بهما بِرَدِّ السلام والعبادة ، لأنه يستبعد أن يعد هذا لازماً له .

وقوله : (وفي مال أو مال عظيم ، أو كثير أو أكثر من مال
زيد ، بتمول ، أو أم ولد لا نجس ، أو مثل ما لزيد فبمثله) .

أى : ويقبل تفسيره ، قوله : له على مال ، أو له على مال
عظيم أو كثير أو أكثر من مال فلان : بتمول وإن قل كفلس ،
ويحمل قوله عظيم على أنه عظيم خطره لكفر مستحله ، وكذا أكثر
من مال فلان لحله ، وإن فسرهُ بِأُمٍّ ولد قُبِلَ ، ولو فسرهُ بِوَقْفٍ خُرَجَ
على أن الملك في الموقوف لله تعالى فلا يقبل أو للموقوف عليه فيقبل ،
ولا يقبل تفسيره بنجس ، وإن اقتنى لأنه لا يسمى مالا ، وإن قال :
له على مثل مال زيد لزمه مثل ماله .

وقوله : (وفي درهم ، ودُرَيْهِم ودرهم صغير ، ودينار بإِسْلَامٍ
وكذا بناقص ومغشوش إن وصل أو غلب لا بفلوس)

أى : وإذا قال له على درهم أو دُرَيْهِم أو درهم صغير ، ففسره
بالدرهم الإِسْلَامِي ، وهو خمسون شعيرة وخُمْسًا شعيرة ، من حب الشعيرة
المتوسط غير مقشور بعد أن قطع من طرفيه ما دق وطال ، قبل
تفسيره به ، وإذا قال : له على دينار قبل تفسيره بدينار الإِسْلَام ،
وهو ثنتان وسبعون شعيرة فلكل عشرة دراهم سبعة دنانير ، ويُقبل
التفسير بدرهم ناقص أو مغشوش في بلد عرفهم الإِسْلَامِي ، إن وصف
بصفة كدرهم طَبْرِي ، وهو ثلثا درهم إِسْلَامِي ، أو كدرهم كَامِلِي وهو
المغشوش بالثلث ، وكذا إن كان عرف البلد الدرهم الناقص ، والمغشوش
وأطلق فإنه يحمل عليه ، ولا يقبل تفسيره الدرهم بالفلوس ، بخلاف
ما إذا وصل ، وليس المراد بالفلوس التي تسمى الدرهم الرديء لواحد
منها ، وإنما المراد ما يسمى درهما من الفلوس ، وذلك أن عدداً
من الفلوس درهم في بعض البلاد ، ويتعاملون بها معاملتهم بالدرهم ،
وقوله في الحاوى : ودرهم ودُرَيْهِم ودرهم صغير خمسين شعيرة
وخُمْسِيَّهَا ، ودينار ثنتين وسبعين بالناقص والمغشوش إن وصل
أو بتعارف ، قال صاحب التعليقة ، إن خمسين شعيرة عطف على
بيان الدرهم وقال في القونوي أى قبل في درهم تفسيره بخمسين
شعيرة ، وكلاهما مشكل ، أما الأول فلأنه إذا كان عطف بيان
لزم أن يكون من كلام المقر وإذا كان من كلامه لم يجز تفسيره

بالناقص لاعترافه بالكامل ، وأما إذا جعلناه تفسيراً كما قاله القونوى ، فمن حيث أنه لم يأت بالياء وإن تأوّل ، فقوله عقيبته بالناقص من غير حرف العطف ، ياباه ، وقال بعضهم خمسين شعيرة حال من الدراهم وهو مشكل أيضاً ، لأن الحال المنتقلة واللازمة لا تنقطع مع قوله : بالناقص وبتعارف ؛ إذ الخمسون شعيرة مختصة بالدراهم الإسلامى .

ومثله : (وألف فى العبد بأرش ورهن به ، ووصية ، وقرض وشراء عُشره به) .

أى : إذا قال : له على ألف فى هذا العبد ، وفسره بأنه أرش جناية جناها العبد عليه أو على ماله قبل ، وكذا إن قال : رهنته إياه بألف له علىّ على الأصح ، وإن قال : اشترى عُشره أو تُسعه ونحو ذلك بألف ، وأنا اشتريت الباقي قبل أيضاً ، ويُقبل تفسيره وإن قال أقرضنيه فى ثمنه ، وإن قال : أوصى له أبى بألف من ثمنه الذى يباع به قبل ثم يباع العبد ويعطى المقر له ألفاً من ثمنه ، ولو قال أسلمه من مالى ، لم يقبل منه امتثالاً بشرط الموصى ، ولم يتعرض فى الحاوى لذكر الوصية والقرض .

ومثله : (وعلى بمؤجل إن وصل ، وبوديعة ، والقول قوله فى تَلَفٍ وردّ بعده ، وفى هُوَ لَكَ عارية وقول مُنْكَرٍ قَبْضٍ مَبِيعٍ أقر بثمانه ، أو فهم ما لُقِنَ ، وأمكن ، لا فى ذِمَّتِي بَوْدِيعة) .

أى : وإذا قال له على ألف ووصفه بأنه مؤجل شهراً أو سنة قبل إن وصل ، وإن لم يذكر سببه ، فإن ذكر سبباً ، لا يتأجل كالقرض لغا ذكر الأجل ، فإن قال له على ألف ثم هو وديعة ، قبل ، وإن فصل على المذهب ، ولهذا أخره عن قوله إن وصل وذلك أنه قد يريد بقوله على حفظه ، أو التمكين منه لاحتفاظ الوديعة وتمكين مالكها منها ، وإذا حكمنا بأنها وديعة فادعى تلفاً أو ردّاً بعد الإقرار ، فالقول قوله مع يمينه ، إلا إن ادعى تلفاً أو ردّاً قبل الإقرار ، لتكذيبه نفسه ، وكذلك يقبل قوله : إذا قال هذه الدار وهذا العبد لك عارية ويكون عارية ، ولا يقال : أن أول كلامه يقتضى الملك ، فإنه أراد رفع الملك بقوله عارية ، فهذا وجه ، والمذهب أنه يقبل ، لأن اللام تكون للاختصاص بالملك وغيره ، فإذا تجردت حمل على الملك ، فإذا ذكرت مع غيرها ، مما يكون للاختصاص به حملت عليه ، كذلك إذا أقر بثمان مبيع ثم قال - ولو منفصلاً - لم أقبض المبيع وإذا سلمه سلمت ، فالقول قوله أيضاً .

وكذلك الأعجمي ونحوه ، إذا لقن بيعاً أو شراءً ، أو إقراراً بمال بلغة لا يفهمها وأمكن خفاؤها عليه وحلف أنه ما فهمها قبل ، وإن لم يمكن خفاؤها عليه لم يقبل قوله ، وإذا قال لك فى ذمتى ألف ثم قال هو وديعة لم يقبل ، لأن العين لا تلزم الذمة نعم له تحليف المقر له ، إنما هو وديعة ، وقوله فى الحاوى : وعلى بالمؤجل أن اتصل وبثمان عبد ما سلم ، وباليمين فى لقنت غير لغى . وما فهمت ، فيه أمران :

أحدهما : قوله : (وبشمن عبد ما سُلِّم مقتضاه أنه يجوز أن يُفسر قوله : له على كذا بأن ثمن عبد ما سُلِّم وليس كذلك ، فإن هذا التفسير لا يقبل بالفهم إذا قال له على ألف من ثمن مبيع ثم قال بعد ذلك وأسلم إلى المبيع . فإنه يقبل قوله على المدعى بغير يمين وليس كذلك ، بل إن صدق المدعى في المسائل كلها فلا يكلف اليمين ، وإن كذبه في الجميع فله تحليفه) .

وقوله : (وقبل فيه كطلاق وعتي ونذري ، استثناء مُتَّصِلٌ قصده مُقَرَّرٌ ولو من نفى وغير جنس لا ، مستغرق ولو بتفسيره ، بلا إخراج ، ولا يجمع مُفَرَّقٌ له) (١) .

أى : ويُقبل الاستثناء في الإقرار إذا كان مُتَّصِلاً بالمستثنى منه ، فإن تخلل كلام أجنبي أو سكوت طويل لغا ، ويشترط أن يقصد الاستثناء في حال الإقرار ولو قبل الفراغ من لفظه ، وقيل لا يصح إلا إذا قصده ومن أول اللفظ ، ويُقبل الاستثناء ، ولو من النفي ويكون إثباتاً كما أنه من الإثبات نفي ، فلو قال ليس له على إلا عشرة لزمه عشرة ، أو ليس له على عشرة إلا خمسة لم يلزمه شيء إلا خمسة (٢) [أى لأن العشرة إلا خمسة : خمسة] فكأنه قال : ليس له على إلا خمسة ، ولو قال : ليس له على شيء إلا خمسة ذكر في العزيز ،

(١) أى للاستفراق ولا لعدمه ، فالأول ، كقوله : على درهمان إلا درهماً ودرهماً ، فلا يجمع الدرهمان المستثنيان إذ لو جمعا لحصل الاستفراق وإذا لم يجمعا وجب درهم ، والثاني كقوله على درهم ودرهم إلا درهماً ، فلا يجمع الدرهمان إذ لو جمعا لما حصل الاستفراق ووجب درهم ، وإن لم يجمعا وجب درهمان نسب هذا إلى تقي الدين بن عمر بن محمد / ٨ .

(٢) أى (لأن العشرة إلا خمسة ، خمسة) فكأنه قال ليس له على إلا خمسة كما في (ب) .

والروضة ، أنه يلزمه خمسة ، وقد صححوا استثناء المفصل من المجمع في الإثبات فقالوا : لو قال على شيء إلا خمسة صح ، ويلزمه أن يفسر الشيء بما زاد على الخمسة وإن قلت الزيادة لتلزمه تلك الزيادة فقياس هذا أنه إذا قال ليس له على شيء إلا خمسة ، أن لا يلزمه شيء لأنه نفى أن يكون عليه شيء إلا خمسة كما نفى أن يكون عليه عشرة إلا خمسة في المسألة الأولى ، وإذا قال له على عشرة إلا تسعة جاز لزمه واحد ، فإن قال له على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة ، إلا ثلاثة إلا اثنين إلا واحد لزمه خمسة لأن تقديره له على عشرة تلزم إلا تسعة فلا تلزم إلا ثمانية فتلزم إلا سبعة فلا تلزم ، إلا ستة فتلزم إلا خمسة فلا وهكذا فتلزم الإشفاع دون الأوتار ، إن بدأ بالشفع ، وإن بدأ بوتر فعكسه ، ويصح الاستثناء من غير الجنس ، فلو قال له على ألف إلا ثوباً صح أن فسر الثوب بما دون الألف ، وإن قلَّ النقصان عن الألف ، ولا يصح الاستثناء المستغرق ويلغو إن أتى به ، فإن قال له على عشرة إلا عشرة لزمه عشرة ، وإذا كان المستغرق تفسيراً للمشتري كما إذا قال له على ألف إلا ثوباً ، ففسر الثوب بالألف أو أكثر ، لغا الاستثناء على الأصح ، وقيل لا يلغو بل يؤمر بتفسير يُقبل ، وإنما يلغو الاستثناء المستغرق ، إذا لم يخرج عن الاستغراق باستثناء آخر ، فإذا قال له على عشرة إلا عشرة إلا خمسة ، لزمه خمسة على الأصح ؛ لأن عشرة إلا خمسة ، خمسة ، ولا يجمع مفرق للاستغراق ويجمع المستثنى ويبطل ما حصل به ، الاستغراق ، فإذا قال : له على

درهم ودرهم ودرهم إلا درهما ، أو درهما ودرهما ، إلا درهمين ،
 فإن هذا مستغرق لأنك استثنيت درهما من درهم في الأولى ، ودرهمين من
 درهمين في الثانية ، ولو جمعت لاندفع الاستغراق ، فكان يلزم
 في الأولى درهما وفي الثانية درهم ، وكذلك إذا قال درهم ودرهم
 ودرهم إلا درهمين ، يلزمه ثلاثة ، ولو قال إلا ثلاثة دراهم فكذلك
 أيضاً ، لأن الدرهم والدرهمين ، والثلاثة ، كل مستغرق للدرهم ،
 وكذلك لو فرقت الثلاثة بالعطف ، فكلها مستثناة من الآخر ، لأن
 الجمع للاستغراق ممتنع ، على الأصح ، ولقد علمت أن جمع المستثنى
 غير ممنوع ، إذا لم يكن استغراق ، فإذا قال : على عشرة إلا درهما
 ودرهما ودرهما وهكذا إلى تسعة جمع المفرق لم يلزمه إلا درهم واحد ،
 ولو زاد على التسعة درهما وصيرها عشرة لم تبطل إلا في العاشر ؛
 لحصول الاستغراق به ، ولزمه درهم ، ولو قال : عشرة إلا سبعة
 وثلاثة ، لغا الأخير ولزمه ثلاثة ، ولو قال : له على عشرة إلا عشرة
 إلا درهمين لزمه درهما ويصح الاستثناء في الطلاق ، وكذا في
 العتق والنذر ، وقد استغنى بذكر الاستثناء هنا عن ذكره في الطلاق
 فلو قال : طلق نسائي إلا فلانة ، طُلِّقَ إلا فلانة ، أو طلقتك
 ثلاثاً إلا اثنين ، وقعت واحدة ، فإن استغرق الثلاث ، وكذا إذا
 قال : أعتقت عبيدي إلا فلاناً ، ، عتقوا دونه والله على أن أعتقهم
 إلا فلاناً فكل ذلك يصح إذا لم يستغرق ، والشرط فيها ما تقدم
 في الإقرار ، وقوله في الحاوي^(١) واستثناء متصل قصده ، أولاً ،

(١) وفي ح « واستثناء متصل قصده أولاً لا يستغرق بلا جمع مفرق أو أخرج عنه ولو من نفي كالطلاق » .

اشترط قصد الاستثناء أو الكلام وقد تبع فيه ما صححه الرافعى
والذى صححه النووى ، فى الروضة ، الاكتفاء بقصده ، قبل الفراغ
من المستثنى منه .

وقوله : (وصدّق مستثنى عبد أنّه الحى) .

أى : إذا أعتق عبده إلا عبداً واحداً ، أو أقرّ بهم لشخص
إلا واحداً فماتوا كلهم وبقي عبد واحد ، وقال الذى استثنيته هو
هذا الحى قبل قوله : وللعبد والمقر له تحليفه .

وقوله : (ولزم لك ألف فى ميراث أبى ، وهذا لك وكان
ملكى إلى الآن ، خلاف الشهادة ، وعلى ألف قضيته ، أولاً يلزم
أو بعقد فاسد ، أو فى الكيس وإن لم يكن أو الألف الذى فى الكيس ،
فما وجد منه) .

أى : إذا قال : لك ألف فى ميراث أبى ، فهو إقرار له بالألف
فى الميراث ، فلو تلف الميراث لم يلزم المقر شيئاً ، ولو قال : فى ميراثى
من أبى لم يلزمه شيئاً ، والفرق أنه إذا أضاف إلى ميراث أبيه ،
أثبت للمقر له حقاً ، فى التركة ، لا يحتمل إلا الوجوب ، إذا
تبرع يبق بعد الموت وإذا قال فى ميراثى من أبى ، احتمل أن يريد
أتبرع به عليك وأن يكون حقاً ، فلا يلزم مع الشك .

ثم اعلم أنه إذا قال : دارى التى أملكها ملك زيد ، لا يكون
إقراراً ، فإذا قال هذه الدار لزيد ، وكانت ملكى إلى أن أقررت ،
فهذا من باب تعقيب الإقرار بما يبطله ، والأصح أنه يلزم اعتباراً

بأول اللفظ ويلغو آخره بخلاف الشهادة ، فلو شهد شاهدان أن فلاناً أقرَّ أن هذه الدار لزيد وكانت ملكه ، إلى أن أقرَّ لم تسمع هذه الشهادة ، فإن قالوا ، وقال كانت ملكي ، إلى أن أقررت ، سمعت ولغا آخر كلامه ، والفرق أن المقر شهد على نفسه فيؤاخذ بما صح من كلامه ويلغو بما لا يصح ، وأما الشاهد فيشهد على غيره ، فلا يعتبر قوله ، إلا إذا لم يتناقض ، وكذا إذا قال : له على ألف قضيتُهُ إياه ، أو ألف لا يلزمني ، أو قال بسبب عقد فاسد كُثمن خمر أو ضمان فاسدة أو نحو ذلك لزمه ما اقتضاه أول كلامه ولا يقبل آخره إلا بيّنة ، وكذلك إذا قال لزيد على ألف في هذا الكيس لزمه سواء وجد في الكيس تاماً أو ناقصاً أو لم يوجد فيه شيء ، وإذا قال على الألف الذي هو في هذا الكيس لزمه ما وجد فيه ، وهو ملحق لقوله له على ألف وديعة ، والأصح لا يلزمه شيء ، إذا لم يوجد فيه شيء ، ولا إتمامه إن نقص ، ولا يضمنه إن تلف ، من غير تفريط ، كما لو قال له على ألف وديعة ، وقوله في الحاوي^(١) : وعلى ألف لا يلزم إلى قوله لا التام إن نقص في الآخر ، فيه أمران :

أحدهما : قوله في ميراثي سياق كلامه يقتضي أن صيغة إقراره على ألف في ميراث أبي لكونه عطفه على قوله وعلى ألف لا يلزم ، وهو لا يكون لازماً في التركة على هذا بل هو في هذه الصورة لازم ذمته مؤاخذه له بأول كلامه كما في سائر الصور التي قبله وبعده

(١) وفي ح « وعلى ألف لا يلزم أو قضيت أو من ثمن خر وضمان بشرط وفي ميراث أبي وفي الكيس أو الذي في الكيس ولم يكن لزم لا التام إن نقص في الآخر » .

وإنما عبّر في العزيز والروضة في هذه مما إذا قال : له ألف في ميراث أبي ولم يقل على ، وهذا ظاهر .

الثاني : أنه قطع فيما إذا قال له على الألف الذي في هذا الكيس ، بأنه إذا وجد ناقصاً لم يلزمه الإتمام ، وأنه إذا لم يوجد منه شيء لزمه الألف ، والأصح أنه لا يلزمه شيء ، وإن كان ناقصاً ، فكما لو قال لا يلزمه الإتمام كما في الروضة وقد ذكرناه أولاً .

وقوله : (لا ما جعل ظرفاً أو مظلوماً ، كخاتم فيه فص وعكسه ، وتبع خاتماً فص ، لا أنثى حمل) .

أي : وإذا أقر بشيء وجعل ظرفاً لشيء آخر ، كقوله له عندي غمد فيه سيف ، أو مظلوماً كقوله : له عندي سيف في غمده لزمة الغمد دون السيف في الأولى وعكسه في الثانية وكذلك خاتم فيه فص ، وفص في خاتم ، أما إذا أطلق وقال : له عندي خاتم وكان فيها فص ، فإنه يلزمه الخاتم بالفص بخلاف ما إذا أقر بحيوان ، وكان حاملاً ، فإن الحمل لا يكون مقراً به ، لاحتمال أن يكون موصى به ، ونحوه ، والفرق بين الحمل والفص ، أن الفص يتناوله اسم الخاتم ولا يجوز أن يرجع عن بعض ما أقر به ، والحمل لا يتناوله اسم أمه ، فلم يكن فيه رجوع .

وقوله : (ولغا مالي لك ، أو لك فيه أو في ميراثي من أبي ألف ، وبتعليق وإن أخر) .

أى : وإذا قال مالى لفلان أوله فى مالى ألف لغا ، لأن الإقرار لا يملك ، وإنما يخبر به عن حق سابق ، وكذلك إذا قال : له ألف فى ميراثى من أبى ، وقد سبق الكلام عليه ، ويلغو أيضاً الإقرار المعلق ، سواء قدم التعليق أو أخره ، فقله : على ألف إن شاء الله كقله : إن شاء الله له على ألف ، فتأخيره كتقدمه ، يلغو به المعلق ، وكذا قوله : إذا جاء رأس الشهر فله على ألف وكذا له على ألف إذا جاء أول الشهر ، هذا إذا لم يقصد التأجيل ، فإن قصده لزمه .

وقوله : (وعلى ألف ألف ، أو فالف ، أو بل أو مع ، أو معه أو فوقه أو تحته ألف ألف) .

أى : إذا قال له : على ألف ألف لزمه ألف واحد لاحتمال التأكيد ، ولو قال : ألف فالف فكذلك إلا إن قال قصدت العطف ، بخلاف أنت طالق فطالق ؛ لأنه إنشاء ، وهذا إقرار بحق سابق فيحتمل أنه استأنف كلاماً ثم تركه ، وكذلك لو قال : له على ألف بل ألف لم يلزمه إلا ألف واحد لاحتمال أنه قصد لاستدراك ثم ذكر أنه لاجبة إليه ، وكذلك ألف مع ألف أو معه أو فوقه أو تحته ألف ، فربما أراد مع ألف لى ، أو معه ألف لى ، أو فوقه ألف لى ، أو تحته ألف لى ، وقد يراد بالفوقية والتحتية ، الجودة والرداءة .

وقوله : (وألف وألف ، أو ثم ألف ، أو قبله ألف ، أو بعده ألف ، أو بل ألفان ألفان) .

أى : إذا قال : له على ألف وألف لزمه ألفان ، وكذا لو عطف
بثم ، أو قال : له على ألف قبله ألف ، أو بعده ألف ، أو قال :
ألف بل ألفان ، يلزمه فى كل هذه الصور ألفان ؛ لأن العطف يقتضى
التغاير ، وفرق بين قبله أو بعده ، ألف وبين قوله فوقه أو تحته
ألف بأن التحتية والفوقية طرفان يصلحان بمكان الحفظ ، وليس
كذلك القبليّة والبعدية ، لأنهما هنا للزمان فتعين أن يكون لما قبل
الألف أو بعده من الزمان ، وحكمه فى الوجوب حكمه ، وكذلك
لو قال : له على ألف بل ألفان ، وقال الرافعى هكذا مشكل بما إذا
قال : أنت طالق طلقة بل طلقتين ، فإنه يقع الثلاث ، قلت حجة
الأصحاب واضحة ، ولا إشكال فيها ، وذلك أن بل للإضراب عن
الأول ، والطلاق إنشاء ، فإذا أنشأ طلقة ، ثم أضرب عليها إلى إنشاء
طلقتين ، لم يكن إعادة إنشاء الأولى مع الثانية ، لأن تحصيل
الحاصل محال ، فيتعين أن الطلقتين المنشأتين غير الأولى ،
والإقرار إخبار عما فى الذمة ، فإذا أخبر بالبعض ثم أضرب عنه
الإخبار به إلى الأخبار بالكل ، بالكل ، دخل ذلك البعض فيه ،
وهو ظاهر ولو كان ما أخبر به معيناً ثم أخبر عنه إلى معين أكثر
منه لم يدخل الأول ، كما إذا قال : له على هذا الألف بل هذان
الألفان ، فإنه يلزمه الثلاثة لتعذر التداخل .

وقوله : (ودراهم وألوف ، وكذا ألف وألف ، وألف ثلاثة
إن لم يؤكد الثانى ، ودرهم بل ديناران الكل) .

أى : إذا قال له على دراهم أو ألوف لزمه ثلاثة دراهم أو ثلاثة

ألف ؛ لأن أقل الجمع ثلاثة ، وقوله ألف وألف وألف ثلاثة أيضاً إن لم يؤكد الثانى بالثالث ، وإن أكد به لزمه ألفان ، وإن قصد التكرار وإن لم يقصد شيئاً أو قصد تأكيد الأول بالثانى أو بالثالث لزمه الثلاثة ، وإذا قال : له على درهم بل ديناران لزمه الدرهم والديناران ، لأن الدرهم لا يشتمل عليه الديناران .

وقوله : (ودرهم في ألف درهم* ، إن لم يُردهُما والحساب أو لم يفهمه كطلاق) .

أى : ولزمه بقوله : على درهم في ألف درهم واحد إن لم يرد الدرهم والألف ، وإن أرادهما لزمه ، وعدل في الإرشاد ، عن قوله : إن لم يعرف الحساب والمعية إلى قوله : إن لم يردهما ، لأن البلقينى^(١) والأسنوى ، اعترضوا وقالوا : هو إذا صرح بالمعية ، وقال : ألف مع درهم لم يلزمه الدرهم فكيف بالنية ، أو لم يرد الحساب فإن أراداه وهو يفهمه لزمه ألف ، أو أراداه ولكنه لا يفهمه لم يلزمه إلا الدرهم ؛ لأن من لا يفهم شيئاً لا يريده ، وكذلك حكم الطلاق ، فإذا قال أنت طالق طلقة في طلقتين ، إن أراد الحساب وهو يفهمه وقع طلقتان ، وإن أراد طلقة مع الطلقتين ، وقع الثلاث ،

(١) البلقينى . صالح بن عمر بن رسلان بن نصير بن صالح علم الدين العسقلانى « القاهرى الشافعى ولد في لينة الأثين ثالث عشر جمادى الأولى سنة ٧٩١ هـ إحدى وتسعين وسبعمائة بالقاهرة ونشأ بها في كنف والده سراج الدين فحفظ القرآن والعمدة والفتية النعم ومنهاج الأصول والتدريب لأبيه والمنهاج وأخذ عن أبيه والزين العراقى والمجد البرمادى والبيجورى والعزیز بن جماعة والولى العراقى والحافظ بن حجر وغيرهم من مشايخ عصره في فنون عدة ودرس وأفتى ووعظ وألف في الحديث شرحاً على البخارى وألف تفسيراً وأفرد فتاوى أبيه والمهم من فتاويه وأكمل تدريب أبيه وله القول المفيد في اشتراط الترتيب وله نظم ونثر وتولى قضاء الشافعية بالديار المصرية وكانت مدته ثلاث عشرة سنة ونصف وتوفى خامس رجب سنة ٨٦٨ هـ ثمان وستين وثمانمائة ج ٢٨٦/١ البدر الطالع .

وإن أراد الظرفية أو لم يرد شيئاً أو أراد الحساب ولم يفهمه ،
وقعت الطلقة واحدة .

وقوله : (وكذا درهم ودرهم ، فإن كرر كذا بواو أو بثم
ونصبَ درهما ، تكرر ، وإلا فلا) .

أى إذا قال : له على كذا درهم أو كذا درهم بالجـر أو الرفع
أو النصب لم يلزمه إلا درهم واحد ، فإن كرر كذا بالواو ، أو بثم
ونصب درهماً تكرر لكون الدرهم تفسيراً لكل منهما بمقتضى العطف ،
فإذا قال : له على كذا : وكذا وكذا درهما لزمه ثلاثة دراهم ،
ورفع الدرهم أو خفضه ، أو لم يكرر الواو ، أو ثم ، لم يلزمه إلا
درهم واحد ، لأنه يحتمل التأكيد ، إذا لم يُعطف وإذا لم يُنصب ؛
فلأنه لم يجعله تمييزاً على أن يُقدّر للآخر مثله .

وقوله : (والألفُ مُبهمٌ فى ألفٍ ودرهم ، لا ألفٍ وأحد عشر ،
أو أحدٍ وعشرين ، درهماً ، وإلا النصف فى درهم ونصف) .

أى : إذا قال : على ألف ودرهم ، وألف وثوب ، فالألفُ
مبهم مُفسر بما شاء ، أما إذا قال : له على ألف وأحد عشر درهماً
أو ألف وأحد وعشرين درهماً ، فإن الألفَ درهم لا يكون مجملاً ؛
لأنه جعل الدراهم تُميّز للجميع ، فذلك إذا قال : درهم ونصف
فليس النصف مجملاً له ؛ لأنه لم يسبق إلى الذهن ، إلا أنه نصف
درهم ، بخلاف قوله : نصف ودرهم فإن النصف مبهم ؛ لكونه فى
هذه لا يسبق إلى الفهم أنه من الدرهم .

وقوله : (وَإِنْ أَقَرَّ لَزِيدٌ ثُمَّ لَعَمْرُو ، وَغَرَمَ لَعَمْرُو أَوْ قَالَ غَضَبْتُهُ
من زيد ، وهو لَعَمْرُو ، وبرئ بقبض زيد ، لا وهو ملتقطٌ) .

أى : إذا قال من فى يده المال هذا المال لزيد ، ثم أقر به لَعَمْرُو ،
سواء اتصل الإقرار أو انفصل ، فإنه يسلم إلى زيد بإقراره ، ويلزمه
لَعَمْرُو الغُرم لأنه حال بينه وبين ماله بإقراره به لغيره ، والحيلولة
توجب الضمان كالإتلاف ، ألا تراه لو غضب عبداً ثم أبق لزمته
قيمتُهُ للحيلولة ، ولو باع عَيْناً وأقبضها وقبض الثمن ، ثم قال
بعثها من زيد ، لم يقبل قوله على المشتري ، وغرم القيمة للمقر له ،
فإذا قال : غضبت هذه العين من زيد وهى ملك لَعَمْرُو برئ بأن
يسلمها إلى زيد ، ولا يغرم لَعَمْرُو على الأصح ، لأنه لا منافاة بين
الإقرارين ، فقد يكون زيدا مستأجراً أو مرتهناً ، وكذا لو قدم الملك ،
وقال : مِلْكُهَا لِعَمْرُو وغضبتها من زيد ، لا يختلف الحكم ،
على الأصح ، وقيل لا يَبْرَأُ حينئذ ، إلا بالتسليم إلى عمرو ، ويغرم
لزيد ، وإنما يَبْرَأُ إن لم يكن ملتقطاً .

وقوله : (وَاتَّحَدَ بِنَارِيخَيْنِ ، وَلَغَتَيْنِ ، وَقَدْ زَيْنَ ، لَا لِسَبِينِ
ووصفين ، ولا أنشاءً ولو بكلٍ شاهدٌ) .

أى : إذا أقر يوم السبت بألف ، ويوم الأحد بألف لزمه ألف
واحد ، لأن الإقرار إخبار ، والمخبر عنه لا يتعدد الإخبار عنه وكذلك
الحكم إذا أقر بالعربية ثم بالعجمية ، وكذلك إذا أقر بألف ، ثم
بألفين ، لا يتعدد الإقرار بالألف بل يدخل فى الثانى ، ويلزمه ألفان ،

ولو شهد بكل شاهد لغت شهادتهما ، وهذا بخلاف ما إذا ذكر لكل سبباً بأن أقر بألف من ثمن عبد ، ثم أقر بعد ذلك بألف من ثمن جارية ، أو اختلف الوصف ، بأن أقر بألف صحاح ، ثم أقر بألف مكسرة أو بألف حالة ، ثم بألف مؤجلة فإنه يلزمه ألفان ، لأن الأول غير الثاني ، وكذلك الإنشاءات كالبيوع والطلاق لا يتحد فإذا شهد وأحد أنه باعه يوم الجمعة عبداً بألف وآخر بأنه باعه يوم السبت عبداً بألف ، فله أن يحلف مع كل شاهد ويستحق الألفين ، ولو شهد واحد أنه طلق يوم الجمعة طليقة ، وشهد آخر أنه طلق يوم السبت طليقة لم تثبت بشهادتهما شيء وكذلك سائر الأفعال ، التي ينشئها ، ويتوقف على الشاهدين كالقصاص وقطع السرقة والقذف ، وقوله في الحاوى^(١) : ومطلق ومضاف ولو بكل شاهد لا الإنشاء : أعلم أنه قد عد المطلق والمضاف فيما يتحد مع اختلاف التاريخ واللغة والقدر ، واستثنى الإنشاء من الجميع ، فقضى بأن للمطلق والمضاف في الإنشاء حكماً غير حكمه في الأقارير ، وحكمه في الجميع واحد ، فإذا قام شاهد بأنه باعه يوم الجمعة عبداً ، بألف ، وشاهد بأنه باعه يوم الجمعة^(٢) عبداً بألف وشاهد بأنه باعه عبداً بألف وأطلق فهو كما لو لم يصف ، ويلزمه بشهادتهما ألف فقط ، وكذا لو شهدا له طلق اليوم طليقة ، وشهدا أنه طلقها وأطلقا لم يقع إلا طليقة وقد ترك في الإرشاد ذكر المضاف والمطلق اكتفاء بما في الدعاوى .

(١) وفي ح « ومطلق ومضاف لا بسببين وبصفتين واحد ولو بكل شاهد لا الإنشاء » .

(٢) كان حقه أن يقول يوم السبت أو الأحد ليكون فيه اختلاف التاريخ واتحاد الحكم فيه في هذه المسائل / م .

الإقرار بالنسب

وقوله : (فصل : يثبت بإقرار ذكر مكلف نسب مجهول^(١)) ،
لم يرق ، ممكن بشرط تصديق أهل لا غير ، وأن جحد بعد كماله ،
وعدم إنكارا الميت) .

أي : يشترط في ثبوت الإقرار بالنسب ، أن يكون المقر ذكرا
مكلفا ، فلو أقرت المرأة لم يلحقها النسب ، على الأصح سواء كانت
مزوجة أم لا ، ويصح إقرار العبد من نسب وإن كذبه السيد على
الأظهر ويشترط أن يكون المقر بنسبه مجهولا ، فإن كان معروف
النسب لم يصح الإقرار به وإن صدقه ، وإن كان حرا لا ولاء عليه
ولو استلحق واحد عبد غيره أو عتيقه لم يقبل ، وأن يكون من يدعيه
المقر ممكنا^(٢) منه ، فلا يقر لمن يقاربه بالسن أنه ولده ، ولا ينسب
ولد امرأة قدمت من بلاد بعيدة لا يمكن أن يسافر إليها لملازمته الوطن ،
ولو مات المجهول فاستلحقه رجل لحقه ، وإن كان هناك تهمة كما
إذا خلف مالا ، وكان المستلحق قاتلا له ، فإنه يلحقه ويسقط عنه

(١) أى مجهول لاملوم وإن صدقه المقر به ، لأن النسب الثابت ، من شخص لا ينتقل لغيره ، ولا يصح استلحاق
ولد الزنا ، ولا لغير ناف استلحاق منى عن فراش نكاح صحيح فخرج الفاسد ووطء الشبهة ، / ف . وهذا الفصل عقده
المصنف في الإقرار بالنسب ، والمقر به أما أن يلحقه بنفسه كهذا إبنى وهو أولى من أنا أبوه ، إذ الإضافة فيه للمقر وذكر له
شرطين هما الذكورة والتكليف وترك ثالثا وهو الاختيار ، فلا يصح إقرار المكره اللهم إلا إذا نظرنا إلى أن المكره غير
مكلف فيكون داخلا فيما قبله (التكليف / م)

(٢) وكأنه يشترط شرطا رابعا في المقر وهو إمكان كونه منه ، ولذا قال فلا يقر لمن يقاربه لئ / م .

القِصَاص^(١) ، على الأصح ، لكن إذا كان هذا المجهول ، بالغاً عاقلاً حياً ، اشترط تصديقه ، ولا يكفى عدم إنكاره وإن كان ميتاً اشترط أن لا يسبق منه إنكار على الأصح ، لأن تصديقه متعذر ، ولو استلحق صبيّاً أو مجنوناً لحقه فلو بلغ الصبي أو أفاق المجنون ، ثم أنكر النسب ، لم يلتفت إليه ، لأن النسب يحتاط له ، فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالبيّنة ، وقوله فى الحاوى^(٢) : يثبت بإقرار ذكر مكلف إلى قوله : لا إن بلغ وأنكر ، فيه أمور :

أحدها : قوله : نسب مجهول يدخل ما استلحق عبد غيره أو عتيقه وهو لا يلحقه ، لما فيه من إبطال حق السيد .

الثانى : قوله : يمكن إن لم ينكر مقتضاه ، أنه إذا استلحقه كاملاً ، ولم يعترف ، بل سكت لحقه ، وهو خلاف ما صرح به فى العزيز والروضة من أن تصديقه شرط .

الثالث : الصبي ولم يبين حكم المجهول ، إذا استلحق وإلا إذا أفاق وكذب به وهو كالصبي ، يستلحق فإذا أفاق وكذّبه لا يؤثر تكذيبه على الأصح .

وقوله : بإيلاد ، إن قال علقته به فى ملكى .

(١) ولا يرثه لوجود المانع وهو القتل فإنه لا يرث القاتل من المقتول كما سيأتى فى الميراث / م .

(٢) وفى « يثبت بإقرار ذكر مكلف نسب مجهول حتى أو ميت يمكن إن لم ينكر لا إن بلغ وأنكر » .

أى : وإذا ثبت النسب ولحقه الولد لم يثبت الاستيلاد ، إذا كان من أُمِّه حتى يقول عَلِقَتْ بِهِ فِي مَلَكِي وَنَحْوِ ذَلِكَ ، ولا يكفي أَنْ يقول له ولدته في ملكي ، على الأصح لاحتمال علوقها في غير ملكه بنكاح ونحوه وحصول الولادة في ملكه ، إِلَّا إِنْ قَالَ إِنَّهَا فِي مَلَكِي عَشْرَ سَنِينَ . وهو ابن سنة مثلاً ، لَأَنَّهُ قَدِمَ تَارِيخَ الْمَلِكِ عَلَى تَارِيخِ الْعُلُوقِ صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ وَلَحَقَهُ مَا وَلَدَتْهُ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِالْوُطْءِ فَرَاشًا .

وقوله : (وَبِأَحَدٍ وَلَدَيَّ أَحَقِّيَّةَ عَيْنٍ ، ثُمَّ وَارِثٌ ثُمَّ قَائِفٌ . ثُمَّ قَرْعَةٌ ، بِمَجْرَدِ حُرِّيَّةٍ لَهُ وَلَأُمِّهِ . لَا تَسْبِ وَبِأَحَدٍ أَوْلَادِ أُمِّهِ . لَحَقَهُ مِنْ عَيْنٍ وَمِنْ بَعْدِهِ ، إِنْ لَمْ يَدْعِ اسْتِبْرَاءً ، وَالْأَصْغَرَ نَسِيبٌ وَيُقَارَعُ مَعَهُمْ) .

أى : إذا أقرَّ بنسب أحد ولدى أُمِّهِ لَزِمَهُ أَنْ يُعَيِّنَ الْوَارِثَ ، فَإِنْ أَشْكَلَ فَالْقَائِفُ . فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ فَالْقَرْعَةُ . وَلَا يَثْبُتُ فِي الْقَرْعَةِ إِلَّا الْحُرِّيَّةُ ، فَقَطْ ، فَإِذَا أَخْرَجْتَ الْقَرْعَةَ لَوَاحِدٍ بَانَ حُرًّا ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ . لِأَنَّ الْقَرْعَةَ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي إِثْبَاتِ النِّسْبِ . وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَثْبُتُ بِهَا حُرِّيَّةُ الْأُمِّ أَيْضًا ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْاسْتِيلَادِ فِي حَقِّهَا الْحُرِّيَّةَ وَهِيَ تَثْبُتُ فِي الْقَرْعَةِ ، وَإِنْ أقرَّ بِأَحَدٍ أَوْلَادِ أُمِّهِ أَنَّهُ وَلَدُهُ لَزِمَهُ أَنْ يُعَيِّنَهُ ، فَإِنْ عَيَّنَ الْأَكْبَرَ لَحَقَهُ . وَلَا يَثْبُتُ الْاسْتِيلَادُ إِلَّا إِذَا قَالَ : عَلِقَتْ بِهِ فِي مَلَكِي كَمَا تَقْدِمُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِذَلِكَ فَهُوَ اعْتِرَافٌ بِالْوُطْءِ فِي الْمَلِكِ فَتَصِيرُ فَرَاشًا لَهُ وَيَلْحَقُهُ بَاقِي الْأَوْلَادِ بِالْفَرَّاشِ إِلَّا إِذَا ادَّعَى اسْتِبْرَاءً ، فَإِنَّهُمْ يَصِيرُونَ أَوْلَادَ مُسْتَوْلَدَتِهِ

وإن مات قبل أن يُعَيَّن قام وارثه مقامه في التعيين فإن أشكل عليه والقائف . وَيَسْتَدِلُّ القائف بالعصبة إن لم يَرِ والده فإن أشكل عليه أو لم يكن قائف أقرع بينهم للحرية فقط ، فإذا كان للأمة ثلاثة أولاد أُقْرِع بينهم ، فإن خرجت القرعة للكبير حكم بحريته دون الأوسط ، ولم يثبت النسب ، لأن القرعة لا مدخل لها فيه ، وحكم بحرية الأم ، لأنها حرة بموت السيد على كل تقدير لاعترافه بولد منها. ثم الأصغر حر على كل تقدير ، لأنه إما ولده أولد أم ولد مات سيدها ولا يعتق الأوسط للشك ، والصحيح أنه يجب إدخال الصغير في القرعة وإن كان حراً على كل تقدير ؛ لأنه ربما يخرج عليه بحكم بحريته وحده . ولا يوقف ميراث لتعذر العلم بالنسب ، قال الرافعي ، قال المزني^(١) : أن الصغير حُر نسيب على كل تقدير . وَجَرى الأصحاب كعادتهم في الطعن على اعتراضاته متبادرين . لكن الحق المطابق لما تقدم . أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى استبراء ، وبين ما إذا لم يدعه . ويساعده عليه في الحالة . وقوله في الحاوي : عَيَّن أو وارثه ثم القائف ، ثم يقرع لمجرد العتق ، صوابه لمجرد الحرية . فيه أمور :

أحدها أن القونوى قال : لو قال عَيَّن ثم ولدته لكان أحسن ،

(١) المزني : إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق الإمام الجليل أبو إبراهيم المزني ، ناصر المذهب وبدر سماته ولد سنة ١٧٥ خمس وسبعين ومائة ، وحدث عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهما ، وروى عنه ابن خزيمة والطحاوي وزكريا الساجي وابن حوصا وابن أبي حاتم وغيرهم . وكان جيل علم مناظر الحجاجا ، قال الشافعي رضى الله تعالى عنه في وصفه ، لو ناظر الشيطان لقلبه وكان زاهدا ورعا ، صنف كتباً كثيرة « الجامع الكبير » و « الجامع الصغير » و « المختصر » و « المشور » و « المسائل المعتبرة » و « كتاب الوثائق » وغير مذكر كثير لا يتسع له المقام ، وتوفي في رمضان سنة ٢٦٤ أربع وستين ومائتين ، ج ٢٣٨/١ طبقات الشافعية .

وليس مراده ، أحسن من حيث أنه يوهم أن الوارث • يُعَيَّن في حياته ، فإن هذا يتوهم لكن رآه أنسب .

الثانى : قوله ثم يقرع لمجرد العتق صوابه لمجرد الحرية ؛ لأن الذى يخرج له القرعة يكون حر الأصل لأنه لا يثبت عليه .

الثالث : قوله عتق المعين ، ومن هو أصغر عنه ، أطلق دخول الأصغر فى الحرية • وكذلك إذا لم يدع الاستبراء ، فإن ادعاه لم تقع الحرية لغير من عيَّن .

الرابع : أنه لم يبين ما حكم الأم ، فى مسألة الاستبراء ، هل تعتق بالقرعة ؟ وفيه وجهان : الأصح أنها تعتق بها والثانى لا تعتق لأنه لا يثبت النسب بالقرعة وخبرتها تبع له ، وصححه الإمام وهذا كله إذا قال أحدهما ولدى علقته به فى ملكى .

وقوله : (وَيُلْحَقُ بِمَيِّتٍ بِإِقْرَارِ وَارِثٍ جَائِزٍ وَإِنْ سَبَقَ جَعْدٌ ، فَإِنْ أَقْرَ بِمَجْهُولٍ ، وَأَقْرَ بِثَالِثٍ ، فَأَنْكَرَ الثَّانِى سَقَطَ أَوْ بِنِ يَحْجِبُهُ لَمْ يَرِثْ) .

أى : إذا أقر الوارث الحائز ، أو الورثة الحائزون ، وتعتبر منهم الزوجة فى الأصح بنسب مجهول من الميت لحق بنسبه وإن كان قد سبق إنكار من الميت له على الأصح ، كما إذا استلحقه المورث بعد ما نفاه ، وكذا إن أقر بعض الورثة وأنكر فمات المنكر ،

وورثه المقر ، ثبت النسب ، وكذا إن أنكر الحائز ثم مات وأقر ورثته ، وكذلك إذا اعترف الحائز وبعدها أنكر ، كل هذه المسائل تُفهم من قوله : وإن سبق جَحْدُ ، ثم هذا المجهول إذا أنكر نسب المعلوم المقر بنسبه فإن إنكاره لغو ، وقيل يحتاج المقر إلى بيّنة وهو ضعيف ، نعم لو أقر بثالث ، فأنكر الثالث نسب الثاني سقط إن لم يثبت نسبه ، ولو أقر الأخ الحائز بابن للميت ثبت نسبه ولم يرث لأنه لو ورثه لم يكن الأخ وارثاً فلا يكون من أهل الإقرار ، بالنسب فيؤدى توريثه إلى إبطال إرثه ، وأما إذا أدى ثبوته إلى إبطاله فيبطل الإرث ويثبت النسب

وقوله : (وإن أقر بعض لزمه باطناً بحصته) .

أى : إذا أقر بعض الورثة بنسب مجهول وأنكر الباقي ولم يثبت نسبه ولا إرثه ، وهل يجب على من علم نسبه ، من الورثة أن يغرم له مما أخذ من التركة بحصة من نصيبه ؟ وجهان الأصح أنه يلزمه ذلك باطناً لا ظاهراً .

العارية

وقبوله : (باب : صَحَّ من ذِي تَبَرُّعٍ ، إِعَارَةٌ ^(١)) أَهْلٌ لِقَبُولِهِ غَيْرِ سَفِيهِ ، عَيْنًا لَانْتِفَاعٍ مَمْلُوكٍ حَلٍّ وَقُصْدَ أَنْ بَقِيَتْ مَعَهُ ، وَاتَّحَدَ أَوْ بَيْنَ جَنْسِهِ كَاذَرَعٌ أَوْ عَمٌّ ، كَانْتَفِعَ مَا شِئَتْ .

أى : وتصح العارية بهذه الشروط المذكورة ، فيشترط أن يكون المعير أهلاً للتبرع ؛ لأنه تَبَرُّعٌ بالمنفعة فلا تصح إِعَارَةُ الصَّبِيِّ والمجنون والمحجور عليه ولا المكاتب بلا إذن سيده ، لأنه ليس من أهل التبرع ، ويشترط أن يكون المستعير أهلاً لقبول التبرع عليه ، وأن لا يكون سفيهاً ، فلا يصح استعارة الصَّبِيِّ والمجنون ولا السفیه لما يترتب عليها من الضمان ، ويشترط أن يكون المستعار عيناً ينتفع بها مع بقائها فيصح إِعَارَةُ الدَّابَّةِ للركوب ، والثوب للبس ، والأرض للزراعة ، لأن العين تبقى مع الانتفاع ، ولا تصح إِعَارَةُ الطعام ونحوه مما منفعته في استهلاكه ، ولا يشترط كون العين معلومة ، فلو قال

(١) العارية بتشديد الياء ، وقد تخفف هي من عار إذا ذهب وجاء بسرعة أو من التناور ، وهو التناوب ، لامن العار على كلام فيه في الأصل . وحقيقتها شرعاً : إِبَاحَةُ الانتفاع مجاناً بما يحل الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، ومع كونها إِبَاحَةً ترد بالرد كما يأتي بخلاف مطلق الإِبَاحَةِ ، وتطلق على العقد الذي تحصل به العارية وهي مستحبة أصالة إيجاباً لشدة الحاجة إليها وقد تجب كإِعَارَةِ ثوب لبرد أو لحر وما ينقذ غريقاً ، أو يذبح به حيواناً محترماً يخشى موته ، وقد تحرم كصيد من محرم وكإِعَارَةِ الأُمة من أجنبي ، وقد تكره كإِعَارَةِ العبد المسلم من كافر ، وسيأتى بعض ذلك ، وأركانها أربعة ، تعير وستعير ومعار وصيغة وسيأتى شرط كل واحد منها / ف ، والأصل فيها قبل الإِجَاعِ قوله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى (آية ٢) من سورة المائدة ، وكذا قوله تعالى : ويمنعون الماعون (آية ٧) من سورة الماعون وقال جمهور المفسرين في تفسيرها ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض ، وغير الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم استأجر فرساً من أبي طلحة فركبه » ص ٢٩٩ - ٥ نيل الأوطار .

رجل لآخر : أعرنى دابة ، فقال : أدخل الاصطبل وخذ دابة ،
ففعل فعارية صحيحة ، ويشترط أن يكون المُعِير مالِكاً للانتفاع
الذى تبرع به ، فلا تصح إعارة المستعير بخلاف المستأجر وأن
تكون المنفعة مقصودة ، فلا تصح إعارة الدراهم والدنانير ، لأنَّ
منفعتيهما المقصودة إنَّما تحصل بتصرفهما ، وإنَّما التزيين هما
فلا يقصد في العادة ، فإن استعارهما للتزيين هما ، قال الرافعي
والنوى ينبغى القطع بالصحة وبه قطع المتولى ، لأنَّه جعل هذه
المنفعة مقصودة ، ويشترط أن يكون الانتفاع حلالاً ، فلا يجوز
إعارة الصيد من المحرم لأنَّ إمساكه فضلاً عن الانتفاع به حرام عليه
وإن أتلفه لزمه جزاء لله تعالى وقيمة للمالك ؛ ولا يجوز إعارة
الجارية للاستمتاع ، وألحقوا بذلك ما إذا أعارها للخدمة ، من
غير مَحْرَم خوف الفتنة ، أما إذا أعارها لِلْمَحْرَم والمرأة فجائز ،
وكذلك إذا كانت عجوزة لا تشتهى ، وقبيحة المنظر على الأصح ،
ويشترط أن تكون المنفعة معلومة ، فإن لم ينتفع بالعين إلا في وجه
واحدة كاللبساط للافتراش لم يشترط تبين ، وإن تعددت وجوه
الانتفاع كالأرض تصلح للزراعة والغراس والبناء ، فالأصح أنه
لابد من تبين جنس الانتفاع ، فإذا استعار للزراعة مطلقاً ، زرع
ما شاء ولم يغرس ولم يُبْن ، فإن عَمَّ فقال : انتفع ما شئت ، جاز
أن يغرس ويزرع ويبنى على الأصح .

وقوله : (الاستعارة ، ونقداً لغير تزيين ، وصيداً لِمَحْرَم ،
وأمة غير شوهاء لأجنبي) .

اعلم أن قوله لا مستعاراً هو ما احترز عليه بقوله :

لانتفاع مملوك ، وقوله : نَقْدًا لغير تزيين ، هو ما احترز عنه بقوله : قَصِد ، وقوله : صَيْدًا لِمُحْرَمٍ وأمة غير شوهاء ، هو ما احترز عنه بقوله : حَلَّ ، وقد سبق بيان ذلك كله .

وقوله : (وَكُرَّةَ إِعَارَةٍ مُسْلِمٍ لِكَافِرٍ ، ووالد لخدمة ولده) .

أى : ويكره إعارة المسلم للكافر مطلقاً . وقيل يحرم ، وقيل إن كان للخدمة حرمت ، وكذا إذا استعار الولد والده ليستخدمه كره . إعارته إِيَّاه ، وأما ليرفقه فلا يكره ، وقوله فى الحاوى : كَرَهْنُ الْحَنَاءِ مِنْ فَاسِقٍ . اعلم أنه تبع فى ذلك كلام الوجيز ، قال الرافعى ، عند شرح كلامه ، قوله : فى الكتاب وكذا رهن الجارية الحسناء ممن ليس بعدل ، يُشْعَرُ بِجَوَازِ الرَّهْنِ مِنَ الْعَدْلِ بِلَا كِرَاهِيَةٍ . ولفظ الوسيط كالمصرح بذلك لكن المعظم ما تبعوه بالعدالة فى جعلها مع العدل بل شرطوا معها ، أن يكونوا ذوى أهل . ونقل الرافعى عن الشيخ^(١) أبى على . أن رَهْنَ الْجَارِيَةِ الْحَسَنَاءِ مِنْ غَيْرِ مُحْرَمٍ لَا يَجُوزُ . إلا أن تكون محرماً ، للمرتهن ، قال الرافعى فى المذهب : المشهور جواز رهن الجوارى مطلقاً ، ثم إن كانت لا تشتهى - كالعبد - وإلا فإن رهنه من محرم أو امرأة فذاك . وإن رهنه من أجنبي

(١) الشيخ أبو على . الحسين بن القاسم الإمام الجليل أبو على الطبرى ، صاحب الإفصاح شرح مختصر المزنى وله الوجوه المشهورة فى مذهب الشافعى رضى الله تعالى عنه وصنف فى أصول الفقه والجدل ، وصنف « المهرر » أول كتاب ألف فى الخلاف المجرى ، تفقه على أبى على بن أبى هريرة وسكن بغداد وتوفى بها سنة ٣٥٠ خمسين وثلاثمائة ، ج ٢/٢١٣ طبقات الشافعية .

فإن كان ثقة . وعنده زوجته أو جاريته أو نسوة يؤمن معهن من
الالام بها فلا بأس ، وإلا فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة ، أو
عدل في الصفات المذكورة في المرتن ، فإن كان شرط وضعها عند غير
من ذكرناه فهو شرط فاسد ، انتهى فتخصيصه في الحاوى الكراهية
بالفاسق غير مطابق بكلام الْمُعْظَم ، لأنه أراد الكراهية في العقد
للخروج من خلاف الشيخ أبي على . فإنه لم يخص الفاسق بل عم
ما سوى المحرم ، وإن أراد ما قاله ، الأصحاب . فقد جوزوا الرهن
مطلقاً وأما ما منعوا من إثبات اليد عليها للأجنبي - وإن كان عدلاً -
إن كان له أهل ونحوه . فإن كان عدلاً بلا أهل أو فاسقاً له أهل
لم يجز وضعها عنده ، وإن اشترط وضعها عنده ، فهو شرط فاسد .
ومثله يفسد به العقد وقد ذكر في الإرشاد هذه المسألة في الرهن .

وقوله : (بلفظ^(١) دَلَّ ولو مُعَلَّقًا . ومن طَرَفٍ ، أو بأكل أعتيد
من إناء هديته تطوع ، وأعرتك لتعيرني في إجارة فاسدة) .

أى : تصح الإجارة بلفظ دل على الإذن . ومن أحد الطرفين .
كأعرتك . أو خذ لتنتفع بها ثم إن شاء قبل باللفظ وإن شاء قبل
بالفعل كالأخذ ، وكذلك إذا قال أعرنى وأعطاه إياه وهو قريب من
الإباحة ، وكذلك لا يشترط اللفظ في استعمال إناء الهدية التي يبعث
بها المهدى ، إذا لم يكن بثواب فإنه لم ينتفع بالإناء فهو أمانة .

(١) هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة وشرط فيها لفظ يشعر بالأذن في الانتفاع كأعرتك أو بطلب كأعرنى مع
لفظ الآخر أو فملة وإن تأخر أحدهما عن الآخر كما في الإباحة وفي معنى اللفظ الكتابة مع نية وإشارة مفهومة من الآخر
وقد أشار المصنف إلى ذلك بقوله بلفظ دال الخ .

وإن انتفع به ، فإن كان الانتفاع المعتاد كأكل الهدية ، مثل إثناء يؤكل مثله كان عارية وإن كان غير معتاد ، فغصب ، وإن كانت الهدية بشرط ثواب^(١) فهو كالإجارة الفاسدة ، تلزم به أجرة المثل ولا يضمن ، وقوله في الحاوى : بإيجاب وقبول ، بلفظ من طرف ، وأعرتك لتعيرني ، إجارة فاسدة ، وَأَغْسِلْ استعارة بدنه ، فيه أمور :

أحدها : بإيجاب وقبول قد يوهم وجوب القبول على الفور . وامتناع التعليق في العارية كما في الهبة وسائر العقود وليس كذلك بل يجوز تعليقها وتأخير القبول ، ألا تراه لو رهن أيضاً وأذن له في غرسها بعد شهر كان الشهر عارية ، غرس أم لا ، وهى قبله أمانة ، حتى لو غرس قبله قلع . ذكره في العزيز والروضة .

الثانى : أنه يرد عليه ، ما إذا حمل إليه هدية في إثناء وأكل منه . فإن الإثناء بأكل الهدية منه تصير عارية لا يضمن أجر استعمالها ويضمن إن تلف ، ولم يجز في هذه العارية لفظ من طرف .

الثالث : وأغسل استعارة بدنه فذكر ذلك في باب الإجارة ، حيث قال : ولا أجرة لعمل دون شرطه ، ففيه تكرار .

وقسوله : (وَلَزِمَ مَنْ أَعِيرَ وَلَوْ لِلَّهِ ، لَا لِشُغْلٍ مُعِيرٍ ، مَوْنَ رَدٍّ وَقِيَمَةٍ يَوْمَ تَلَفَ لَا بِاسْتِعْمَالٍ وَلَا بِاعَارَةِ مَالِكَ مَنْفَعَةٍ ، فَقَطْ) .

(١) أى بمقابل أى أعرنى فرك لتطفه بطفك ، أو بمشقة دراهم ،

أى : ويلزم المستعير مؤن الرد^(١) ، لقوله صلى الله عليه وسلم
«على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأننا لو جعلنا مؤنة الرد على المعير
لمتنع الناس منها ، ولو وجد رجلاً منقطعاً فأعاره دابة ليركبها متصدقا
عليه بالركوب لزمه مؤنة الرد ، وإن تلفت تحته لزمه ضمانها ، أما
إذا استعاره ممن يملك المنفعة دون العين كالموصى له بها والمستأجر فإنه
لا يضمنها إذا تلفت تحت يده • إذ يده كيد الموصى له بالمنفعة
والمستأجر ، وهما يضمنان العين إن تلفت وكذلك لا يلزمه مؤنة
ردها إلى المالك ، ويلزمه مؤنة ردها إلى من أعاره ، ولا يضمن من ركب
دابة أعاره إياها المالك لشغله ، لأنه لم يركب لحاجة نفسه ، فهو
كمن سَلَّم دابته إلى راضٍ ليروضها فهلكت تحته لا يضمن ، ويضمنها
بقيمة يوم التلف بأقصى القيم ، ولا بقيمة يوم القبض ، لا في
إيجابها لإيجاب ضمان الأجزاء بالاستعمال ، وهى غير مضمونة على
الصحيح ، وإنما يلزم الضمان ، إذا كان يوم التلف بغير الاستعمال
المأذون فيه ، أما إذا تلفت بالمأذون فيه فلا ضمان كتلف الثوب باللبس ،
والدابة بالحمل بالمأذون فيه ، وإن تلفت بسبب آخر من مرض أو
عارض هرم ونحوه فلا يضمن ، وقوله فى الحاوى : لا من المستأجر :
أى لا يضمن المستعير من المستأجر ، لأن يده يد أمانة • هذا إذا
كانت الإجارة صحيحة ، فإن كانت فاسدة فللمالك تضمين المستعير
والمستأجر ، والقرار على المستعير ولا يقال ، حكم الإجارة الفاسدة ،
كحكم الإجارة الصحيحة فى كل ما تقتضيه ، بل فى سقوط الضمان

(١) رواه الخمسة إلا النسائي عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ص ٢٩٨ • نيل الأوطار - ١ (١)

أى : وللمعير الرجوع متى شاء إن أعاره مطلقاً وإن أعاره مؤقتاً فله الرجوع قبله على الصحيح ، وإذا أعاره جداراً لوضع جذع فله الرجوع ، فإذا رجع خير بين أن يقلع بأرث وبين أن يبقيه بأجرة على الأصح ، وليس له أن يملك الجذع ، لأن ما على الجدار منه تابع لما على ملك المستعير ، بخلاف الغراس ، وإذا أعاره بقعة ليُقبر فيها ميتاً فإن رجع قبل الدفن جاز وغرم للولى مؤنة الحفر والقبر لا يسمى قبراً إلا بعد دفن الميت ، وأما بعد الدفن فلا يجوز الرجوع حتى يبلى الميت ، بأن يذهب أثره ، وإذا كفن ميتاً ، وقتلنا بالأصح أنه باق على ملك مالكة ، كان إعاره لازمة ، لا يجوز الرجوع فيها أبداً ، فإن نبشه السبع فأكله فقد انتهب فيرجع إليه فلا يُسمى راجعاً ، فى العارية ، فإذا أعاره ليزرع فزرع ، ثم رجع ، فإن اعتيد قطعه ، فصيلا قطع وإلا لزمه أن يبقيه إلى الحصاد بأجرة المثل من يوم الرجوع ، وكذا إذا أعاره دابة ثم رجع فيها فى أثناء الطريق لزمه حمل متاعه إلى المأمن بأجرة المثل ، وليس الزرع كالغراس والبناء ، فيخبر بين القلع والتملك ، لأن مدة الزرع قليلة ، نعم إن أعاره مدة تسع الزرع ، فأخر الزراعة ثم زرع وانقضت المدة قلع مجاناً ، لأنه المقصر ، ولو حمل السيل بذر رجلٍ إلى أرض آخر ، فزرع فله تكليفه قلع زرعه مجاناً ، كما لو اشترى أغصان شجرة جاره فى ملكه ، أما إذا كان البذر لا بقصد ، وقد أعرض عنه مالكة فإنه يصير ملكاً لصاحب الأرض ، وقوله فى الحاوى : ورجع متى شاء ،

مما يتناوله الاذن لا مما اقتضاه حكمها . فلو قال مالك المنفعة . يجمع
حكم المسألتين ، ومخلص الاعتراض بحكم الإجارة الفاسدة .

وقوله : (وبَدَّلَ بالمأذون مثله . ضَرَرًا من نَوْعِهِ ، ما لَمْ يُنْهَ ،
وبالغراس والبناء زراعةً ، لا أحدهما بالآخرين) .

أى : وله أن يبدل بالانتفاع المأذون انتفاعًا يماثله في الضرر ،
إذا كان من نوعه ، وأما بدونه فمن طريق الأولى ، ثم إذا أَعَارَهُ
لزراعة الذرة فله أن يزرع الحنطة . لأنه أقل ضررًا ، وله أن يبدل
أنواع الذرة بعضها ببعض إذا لم يزد ضرر ما بَدَّلَهُ عما عَيَّنَهُ ، وهذا
إذا لم يُنْهَ عنه ، فإن نهاه لم يجز الإبدال ولو بما هو أقل ضررًا ، وله
أن يُبَدِّلَ بالغراس ، والبناء الزراعة ، وإن لم يكن من جنسيهما ،
لأنه أقل ضررًا ، فإذا استعار ليغرس أو ليبني جاز أن يزرع ، وقيل
لا يجوز أن يزرع من استعار للبناء ، لأنه يرخي الأرض ، والأصح
الجواز . وإذا استعار للبناء أو للزرع لم يجز له أن يغرس . وكذا إذا
استعار للغرس أو للزرع لم يجز له أن يَبْنِيَ ، وهو المراد بقوله :
لا أحدهما بالآخرين .

وقوله : (ورجع متى شاء ، ولو في وضع جذع ، لا قبر
قَبْلَ بَلَى وكفن ، وقَلَعَهُ بأرش ، أو بَقَّاه بأجر ، وبَقَّى زَرْعٌ لم
يعتد قطعه ، بأجرٍ ، وقلع مجانًا ، زَرْعٌ عَيَّنَتْ مدته ، فَأَخْرَهُ ،
وبذر حَمَلَهُ سَيْلٌ) .

كالجدار لوضع الجذع ، والدفن إن اندرس ، وللزراع يبقى بأجر
لا إن عين مدة فأخر وحمل السيل البذر قلع مجاناً^(١) ، ففيه أمور :

أحدها : أنه ذكر جواز الرجوع في الجذع ، ولم يذكر ما يقتضى
الرجوع ، والأصح ما في العزيز ، والروضة ، أنه يخير بين أن يبقى
بأجر أو يبقى بأجر أو يقطع بالأرض .

الثاني : أنه جوز له الرجوع متى شاء مطلقاً ، ويرد عليه ما إذا
أعار الميث كفنأ ، فإنه لا يجوز الرجوع أبداً .

الثالث : مقتضى كلامه أن على الميعر إبقاء الزرع إلى الحصاد
مطلقاً واعترض عليه ابن النحوى وبما في العزيز والروضة ، وقال
هذا إذا لم يعتد قطعه فصيلاً ، فإن اعتيد لم يلزمه ذلك .

وقسوله : (وغرس وبناء إن شرط ، أو رضى ، وإلا قلع بأرض
أو تملك^(٢) بقيمة ، فإن أبى أهلاً ، ودخل ملكه ومستعير
لسقي أو مرمية ، بأجر لما عطل ، ومن قلع بلا شرط سوى الحفر) .

أى : وله تكليفه قلع البناء والغراس إذا شرط عليه القلع لم يلزمه
قلعه مجاناً سواء أطلق أو عين مدة ورجع قبلها ، لكن الأصح أنه

(١) ح « كما للغراس والبناء إن شرطه وإلا بق بأجر أو نقص بأرض أو تملك بقيمة فإن أبى كلف التفريغ » .
(٢) ثم على التخيير إذا نقص بالقلع ، وإلا تمين مجاناً ، وإذا لم يكن المستعير شريكاً ، وإلا تمينت البقية بالأجرة ،
فإن لم يرض أمضى عنهما ، وإذا لم يشترط تملكه ، بالقيمة عند الرجوع وإلا لزمه ذلك ، على ما قاله الصيمرى ،
وإذا لم يوقف وإلا تمين القلع ، بالأرض على الأوجه ، فإن وقفت الأرض ففيه يسطر ذكرته ثم ، مع رد بحث ، هنا
لصاحب الأسرار ، وإذا لم يكن على الغراس ثمر ، لم يبد صلاحه ، والا لم يتخير الجدانى ، كفاي الزرع ، لأن له أمد
ينتظر ، وقصبة التشييه وجوب الأجرة لمدة بقائه بعد الزرع / ف .

يُخَيَّرُ المعير بين خصلتين ، أن يَتملك بالقيمة أو يقلع ويغرم
أَرش النقص ، وقيل بين ثلاث خصال ، أن يَبقى بأجرة المثل ،
فإن بذل المعير إحداهما أُجبر المستعير على قبولها ، فإذا امتنع المعير
من الخصلتين نظرنا إلى المستعير ، فإن بذل الأجرة لم يقلع مجانا ،
وكذا إذا امتنع على الأصح ، فيعرض الحاكم عنهما حتى يصطلى
وللمالك حينئذ دخول أرضه والاستغلال بالبناء والشجر ، وللمستعير
الدخول للسقى والمزعة ، فإن شغل ملكه أو عطله فعليه الأجرة ثم
المستعير إذا قلعه لزمه على الأصح تسوية الحفر ، كصاحب البذر
المحمول إلى الأرض ، هذا إذا أطلق العارية ، فإن إعاره ، بشرط
القلع في مدة لم يلزمه تسوية الحفر على الأصح ، لأن شرط ذلك
رضاً بالحفر ، إلا إذا شرط عليه القلع والتسوية ، فإنه يلزمه
بالشرط ، وقوله في الحاوى : كما للغراس والبناء ، أن شرطه
وإلا بقى بأجر ، أو نقص بأرش ، أو تملك بقيمة فيه أمور :

أحدها : قوله : (كما للغراس ، فلو قال كما للغراس لكان أحسن ،
وأخصر) .

الثاني : قَطَعُهُ بأنه يَخير بين الخصال الثلاث والأصح أنه
لا يكلف المستعير تسليم الأجرة ، لأن الإجارة يشترط فيها الرضى ،
وإن المعير بخير بين الخصلتين أن يقلع بأرش أو يَتملك بقيمة ،
قال في الروضة ، وبه قطع الجرجاني ، وأكثر العراقيين وغيرهم .

الثالث : قوله : فإن أبى كلف التفريع ، الأصح أنه يعرض
عنهما كما سبق ذكره .

الرابع : وللمستعير الدخول للسقي ، والمَرَمَّة ظاهره أنه يستحقه
والأجرة عليه وليس كذلك ، بل إذا عطل منفعة المكان ، مدة
بمثلها أجرة ، لزمته الأجرة .

الخامس : قوله فإن قلع سوى الحفر ، وليس على ظاهره بل
ذلك إذا لم يشترط القلع ، كما سبق ذكره .

وقوله : (ولكل بَيْعٍ ممن شاء) .

أى : وللمستعير بيع بنائه وغراسه والحالة هذه ممن شاء ، فإن
كان المشتري جاهلاً فله الرد بالعيب ، وإن كان عالماً مع المعير كما
كان المستعير ، وللمعير البيع أيضاً ، ويكون حكم المستعير مع
المشتري حكمه مع المعير .

وقوله : (وإن قال أعرتنى فقال أجرتك ، وثم أجرة أو عكسه ،
أو أجرتنى أو أعرتنى ، فقال غصبت ، حلف المالك ، نفياً
وكذا إثباتاً إن ادعى الأجرة ، وسقط المسمى) .

اعلم أن هذا بجمع أربع مسائل ؛

الأولى : إذا اختلف المالك والراكب أو الزارع ، أعرتنى ، وقال
المالك أجرتك ، فإن كان ذلك قبل مضي مدة لها أجرة ، فالقول
قول الراكب أو الزارع بيمينه ، لأنه يدعى عليه عقداً ، والأصل

عدمه ، والراكب لا يدعى لنفسه حقاً فإن مضت مدة لها أجره فالقول قول المالك بيمينه ، لكنه يلزمه أن يحلف يميناً يجمع النفي والإثبات على الأصح فيقول : والله ما أعرتك ولقد آجرتك بكذا ، فإذا حلف فهل يستحق المسمى ؟ أو أجره المثل ؟ وجهان والأصح أنه يستحق أجره المثل ، وإن نكل لم يحلف الراكب ، لأنه لا يدعى حقاً ، هكذا في الروضة ، ولعله يريد ، لا يُحلفه على دعوى العارية لأنه لا يستحق به شيئاً وأما على نفي استحقاق الأجرة فلا محيص عنه ، وإن كانت الدابة قد تلفت تحت يد الراكب فهو مقر بالقيمة والمالك ينكرها ويدعى أجره المثل ، فإن زادت الأجرة على القيمة أخذها وحلف على الزائد ، وإن نقصت أخذ قدر الأجرة وترك الباقي ، لأنه لا يدعيه .

الثانية : قال الراكب أجرتني وقال المالك أعرتك ، والعين باقية فالقول قول المالك ، وبقي الإجارة وإن مضت مدة لها أجره فالراكب يعترف بالأجرة ، والمالك ينكرها ولا يخفى حكمه ، وإن كانت الدابة تالفة ، والمالك يدعى القيمة وينكر الأجرة والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة ، فإن استويا أو كانت القيمة أقل أخذها بلا يمين ، وإن كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة بيمين .

الثالثة : قال المالك غصبتني ، وقال الراكب : أجرتني ، فالقول قول المالك ، فإن كانت العين باقية ولم تمض مدة لها أجره فذاك ، وإن مضت فالمالك يدعى أجره المثل والراكب يقر بالمسمى ، فإن

استويا أو كانت أجرة المثل أقل أخذها بلا يمين ، وإن كانت أجرة المثل أكثر يأخذ الزيادة بيمين .

الرابعة : قال المالك غَصَبْتَنِي وقال الراكب أَغْرَمْتَنِي ، فإن لم تمض مدة لها أجرة ، فلا معنى للمنازعة فيسترد ماله ، وإن مضت مدة حلف نفيًا وإثباتًا ، وقوله في الحاوي : والقول قول المالك ، إن ادعى الغصب ، أو الإجارة ، والراكب والزارع العارية ، أو بالعكس فيه أمور :

أحدها : أنه قال القول قول المالك مطلقاً وليس كذلك بل إذا ادعى المالك الإجارة قَبْلَ مضي مدة لمثلها أجرة ، فالقول قول الراكب ولهذا قال في الإرشاد وثم أجرة .

الثاني : أنه قال : القول قول المالك والظاهر أنه يجب المسمى ، إذا ادعى الإجارة ، والأصح أنها تسقط ويجب أجرة المثل .

الثالث : فالقول قول المالك ، فاقتضى أنه يحلف بيميناً ، كسائر أيمان الدعاوى وهو كذلك إذا لم تكن هناك أجرة مدعاة ، وإلا فالأصح ، أنه يجب أن يخلف بجمع النفي والاثبات ، فيقول : والله ما أعرتك ولقد أجرتك بكذا .

الرابع : أنه سكت عما إذا قال الراكب أَجَّرْتَنِي وقال المالك غَصَبْتَنِي ، وحكمها أن القول قول المالك مطلقاً سواء مضت مدة لها أجر أم بخلاف ما قبلها .

الغصب

وقوله : (باب^(١) . الغصب^(٢)) ، استيلاء على حق غير^(٣) ظلماً^(٤) .

اعلم أن الغصب حرام ، بالكتاب والسنة والإجماع ، والاستيلاء معروف ، وقال عَلَى حَقِّ الغير ، ليدخل المال وغيره لما يثبت فيه حق الاختصاص ؛ كجلد الميتة وكلب الصيد ونحوه ، فإن عصبها حرام على غاصبها الرد ولا ضمان فيها ، واحترز بقوله ظلماً ممن ظفر بمال غريمه الجاحد ؛ فإنه يستولى عليه غير ظالم ، بل يستوفى حقه ، وقوله في الحاوى^(٥) بالاستيلاء على مالٍ غير مُستولدة ومكاتب ضمن ، فيه أمران :

أحدهما قوله : (على مال الغير ، اعترض عليه ابن النحو على

(١) في الغصب وهو حرام بالكتاب والسنة والإجماع فيكفر مستحله ، وفق فاعله ، ولولحة إجماعاً على مازعه ابن عبد السلام / ف . والأصل في ذلك قبل الإجماع آية ١٨٨ من سورة البقرة « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآية » وما رواه الشيخان كخبر « أن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام ، عن أبي بكرة رضى الله تعالى عنه في خطبته صلى الله عليه وسلم يوم النحر بمضى - ٣ ص ٥٨ بلوغ المرام .

(٢) وهو لغة أخذ الشيء ظلماً ، وقيل أخذه ظلماً جهاراً ، وشرعاً : الاستيلاء على حق الغير بغير حق / م .

(٣) ولو اختصاصاً ككلب صيد ، أو منفعة ، كإقامة من قعد بمسجد أو سرق أو حق نحو تحجر / م .

(٤) واحترز بظلم الذي هو لغة وضع الشيء في غير محله ، وإن لم يكن معه إثم عن الاستيلاء على مال حربى وغيره ظفر بماله بشرطه ، ومال غيره بظنه ماله ، وضمانه ضمان الغصب ، لوجود حكمه لا حقيقته / ف وتعبيره بالاستيلاء المنبئ عن الأخذ قهراً وغلبة يخرج به مجرد منعه من تهديده ماله حتى لو تلف والسرقة والاختلاس على وجه فيه خفاء ولا يضر مشاركة السرقة للغصب في الضمان وقدره وغيرهما تميزهما بأحكام أخرى تأتي ، وتعبير الحاوى بالمال لبيان حد الغصب الحقيقي وهو المقتضى للضمان والإثم ، فإن الاختصاص وإن شاركه في الإثم ووجوب الرد إلا أنه لا يضمن / م .

(٥) وفي ح « بالاستيلاء على مال غير مستولدة ومكاتباً ظلماً كأن ركب وجلس في الفرائش ونقل وأزعج في المقار ودخل بقصده لاضعيف والقوى فيه ضمن ما يحصره القدر وحاز سلمه بالمثل إن تلف كمصير تخمر » .

شرحه وتحريره وقال : لو قال على حق الغير بدل المال لكان أولى ، وأقول : لو قال ذلك للزم منه الخطأ ، لأن المصنف لم يرد تعريف الغصب ، وإنما أراد تعريف ما يضمن ، لأن قوله بالاستيلاء متعلق بقوله ضمن ، فلو قال : بالاستيلاء على حق الغير ضمن ، للزم فيه القول بضمهان الكلب وجلد الميتة .

الثانى : قوله ومكاتباً ، هو إن كان يُضمَّن وتُضمَّن منافعه لأجل السيد فقد قطع صاحب الحاوى فى الإيمان بأنه ، لو حلف أن لا مال له وله مكاتب لم يحنث ، وقال فى الروضة إن المكاتب ليس بمال على الأصح ، فى تسميته إياه مالاً مناقشة ، فلو عطفه مجروراً على مال ، لسَلِمَ).

وقوله : (وضمن به المكاتب ، والمال ، وجناية تعلقت برقبته ، كأن ركب أو نقل أو جلس على فرشه وفى عقارٍ باستيلاء من أزعج ، أو دخل ، ونصفا وفيه غيرٌ لا أقوى).

أى : ضمن بالغصب ما يسمى مالا كالمستولدة ، فإنها تسمى مالا على الأصح ، ويضمن المكاتب وإن لم يسم مالا على الأصح ، ولهذا ذكره مع المال ، ويضمن ما تعلق برقبة المال المغصوب من الجناية ، فإذا غصب عبداً وجنى فى يده على آخر فالضمان على الغاصب ، وإذا ركب دابة غيره أو نقل متاعه أو جلس على فراشه أو حاز عقاره ورفع يده عنه وإن لم يدخل ضمن ؛ لأن الاستيلاء يحصل بذلك ، سواء قصد الغصب أم لا ، وإذا دخل داراً

وقصد سكتها أو الاستيلاء عليها وليس فيها أحد ضمنها وإن كان ضعيفاً وربها قوياً ، لأن اليد الآن متولّية ، وإنما يسهل عن القويّ إنتزاعها منه ، وإن دخل لغرض آخر لم يضمن ، فإذا دخل للاستيلاء وفيها ساكن أقوى منه لم يكن غاصبا ، ولا أثر لنيته مع عجزه ، وإن كان بأن دخل قوي أو ضعيف على ضعيف ، ضمن النصف لأن يدهما على الدار ، وقوله في الحاوى .

وقوله : (وردّ ما نقل) .

أى : إذا غصب شيئاً ونقله إلى بلد آخر ، كان للمالك تكليفه رده ، ومطالبته بالقيمة للحيلولة ، ثم إذا رده ردها .

وقوله : (فما ضبط ككيل أو وزن ، والسكّم فيه ، إن تلف ضمن ، بمثل كعصير تخمّر ، ما لم يُغيّر بأغبط ، فإن طُلب به ببلد آخر ، وله مؤنة ، فقيمتُهُ حيثُ تلف ، كما في مفازة ، وإن فُقد مثل ، أو وُجد بغبن ، أو ضاع مغضوب ، أو نقل إلى بلد فأقصى قيمة من غضب إلى فقد ، أو طلب للآخرين ، واستردّ لرد المغضوب ، لا مثله بلا حبس)^(١) .

أى : شرع في بيان الضمان فيجب ردّ المغضوب ، إن كان باقياً ، وإن تلف نظرت ، فإن كان مثلياً ، وهو ما يضبطه كيل أو وزن

(١) لما أى لأجلها خلافاً لحاوى ، قال الأذرى إلا أن يخاف القوت ، وفيه ما بيته ثم قال الماوردى ، ومحل طلب القيمة ، لحيلولة إن كان بمسافة بعيدة ، وإلا لم يطالبه إلا بالرد وقيد الأذرى ، بما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه وإلا فلا فرق / ف .

ويجوز السلم فيه ، ضمن بمثله ، وأراد بالتقدير الكيل والوزن ولم يقل المقدور ، لأن ذلك لا يقع إلا على ما يعتاد تقديره ، والماء والتراب لا يعتاد تقديرهما وهما مضمونان بالمثل لأنهما تقديران ، واشترط جواز السلم ، لأنه يشبهه من جهة الثبوت في الذمة ، واشترط فيه من الوصف ما شرط فيه ، وخرج ما لا ينضبط من المعجونات ، والمعروضات على النار ، ثم إذا تلف المثل وهو على حاله لم يتغير ، فإنه يضمن بمثله ، ومثله بالعصير إذا تخمر للمثلي ولتلفه ، فإن العصير مثلي وتخمره تلف لخروجه عن المالية ، وإن بلغ بعد إخراجة عن المثل أكثر كحنطة طحنت وخبزت طالب بالأغبط ، فإن كانت قيمة الخبز أكثر ، طالبه بقيمة الخبز ، وإلا طالبه بمثل الحنطة والدقيق ، والتخير مأخوذ من قوله بمثل من المثليات التي صار إليها ، فإن وجد المتلف في بلد آخر وطالبه ، نظرت ، فإن لم يكن له مؤنة كالدراهم والدنانير طالبه بالمثل ، وإلا فليس له طلب المثل ، ولا للآخر تكليف قبوله ، بل عليه أن يغرم قيمة بلد التلف فإن تراضيا على المثل ، لم يكلف مؤنة النقل ، وإن أخذ من القيمة ثم اجتمعا في بلد التلف فلا رد ولا استرداد في الأصح ، ومن ذلك الماء في المفازة إذا أتلّفه الغاصب فيها ، ثم ظفر به في بلد أو مفازة أخرى ، لزمه قيمته في المفازة حيث أتلّفه ؛ لأن لحمله مؤنة ، ولا حاجة إلى تصويره بالشط إلا إذا قلنا بالمرجوح ، وهو أنه يجب المثل فيما له مؤنة ، أو كان يسير المؤنة لحمله ، فإننا نقول لا يجب مثله ، بل تجب قيمته في المفازة ، لأنه لا قيمة للماء على الشط ، فيكون

كالجمد^(١) يتلفه في الصيف ، ثم يأتي بمثله في الشتاء ، فإنه لا يقبل إلا قيمته في الصيف ، إذ لا قيمة له في الشتاء ، وإن فقد المثل أو وجد بأكثر من ثمن المثل ، لزمه أقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم فقد المثل ؛ لأنه في حال وجوده كان مأموراً بتسليمه كما كان مأموراً بتسليم العين حال بقائها فلزمه أقصى القيمة ، كما أن المقومات تضمن بأقصى قيمها ، وأما بعد العقد فلا نظر إلى تغير القيمة ، وكذلك إذا ضاع المصوب أو أبق لزمه - للحيلولة - قيمته أكثر ما كان من حين الغصب إلى حين الطلب ، وإن نقله إلى بلد آخر وله مؤنة فله مطالبتة بالرد ، وله مطالبتة بالقيمة ، وهي أكثر ما كانت من يوم الغصب إلى حين مطالبتة ، وحيث ألزمناه القيمة للفرقة في المصوب ، أو قيمة المثل إذا فقد المثل ، وفيما إذا نقل المصوب إلى بلد آخر ، فإذا زاد المصوب إليه في البلد ، لزمه رد القيمة ؛ لأنها إنما أخذت للفرقة ، وأما إذا وجد المثل الذي ضمن القيمة لفقده أو بُعده فإنه لا يلزمه ردها ، لأن الأمر قد انفصل بتسليم البدل ، كالمعسر يصوم عن الكفارة ، ثم يوسر ، وكل هذا مفهوم من قوله لرد المصوب ، لا مثله وليس للغاصب أن يحبس المصوب حتى يسترد القيمة على الأصح ، كما ليس للبائع بيعاً فاسداً أن يحبس الثمن ليسترد المبيع ، وقوله في^(٢) الحاوى : وأن حَصَلَ مِنْهُ مثلي بما طلب ، فيه أمران :

(١) أى الثلج فله قيمة في الصيف ولا قيمة له في الشتاء ، م / .

(٢) وفي ح « ويحبس الآبق ليسترد قيمته وإن حَصَلَ منه مثل بما طُوبى وغيره . بأقصى قيم يوم الغصب إلى التلف من فقد بلد التلف وإن عاد لا إن تذكر » .

أحدهما : أنه لم يذكر ما إذا حَصَلَ منه متقوم ، والأصح أنه يطالبه بالمتقوم ، إذا كان أغبط ، من المثل ، وإلا فالمثل .

الثانى : قوله : ضمن ما يَحْصُرُهُ الْقَدْرُ وجاز سلمه ، دخل فيه ما يحصر الزرع ، والمراد ما يحصره كيل أو وزن .

وقوله : (وإن نَقَلَ فتلف وعُدِم المثل ، فأقصى قيمة البلدين) .

أى : إذا نقل الغاصب المغضوب إلى بلد آخر ، ولحملة مؤنة ثم تلف المغضوب فى البلد الآخر ، كان له أن يطالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوحد الطلب عليه برد العين فى الموضعين ، فإن فقد المثل أو ظفر بالغاصب فى بلد ثالث ، فالصحيح أنه يطالبه بقيمة أكثر البلدين قيمة .

وقوله : (وما لا يُضْبَطُ ^(١) كَوْصِفٍ ، وإن عاد لا بتذكر وحلٍ بأقصى قيمة من غَضَبٍ إلى تلف ، بنقد بلده) .

أى : وما لا يضبط ، يعنى الذى لا ينضبط ، يضمن بأقصى قيمة من يوم الغصب إلى يوم التلف ، ولو تكرر الارتفاع والانخفاض لم يضمن كل زيادة ، بل الأكثر ، ويضمن منافع كل مدة ، بأجرتها ولو تلف بعض المغضوب ، رد الباقي ، من قسط التالف بأقصى القيم ، كما لو غَضَبَ ثوباً قيمته عشرة ، فَصَارَ بانخفاض السوق خمسة ،

(١) أى ما لا يمكن ضبطه الضبط السابق وهو ما يصح السلم فيه ، كما أنه متبركة ، فلا تصور فيها ، خلافاً لمن زعمه / ف

ثم لبسه فأبلاه حتى عادت باللبس إلى درهمين ، لزمه ردّه وخمسة دراهم ، ولو أتلّف مُتَقَوِّماً من غير غصب ، لزمه ، وقيمة يوم الإِتْلَاف فإن حصل التَّلَفُ بتدريج واختلفت القيمة في مدة كما إذا جنى عليها وقيمتها مائة ، ثم انخفض السعر وتلفت وقيمة مثلها خمسون لزمه مائة ، قال القفال لأنّه إذا اعتبر بأقصى القيم ، في البلد العادية ، فلأنّ يعتبر في نفس الإِتْلَاف أولى ، والوصف مما لا ينضبط فإذا غصب جارية سمينه قيمتها مائة ، ثم صارت بالهزال خمسين ، ثم سمّنت فعادت مائة ، ثم ردها رد معها خمسين ، فلو هزلت ثانية ثم سمّنت كذلك ، رد معها مائة ، ولو غصبها وهي تحفظ صنعة ، أو علماً فنسيته ثم تذكرته لم يضمن شيئاً ، والفرق أن السمن العائد غير السمن الأول ، والحفظ العائد هو الأول ، وكذلك الحلّى من الفضة والذهب ، يضمن قيمته من نقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزمه من ذلك الربا ، لأنّه إنما يجري في العقود ، لا في الغرامات ، هذا لفظ الروضة ، وبه قال الجمهور ، وجميع ما ذكرناه أنّه يضمن بالقيمة فإن المراد من نقد بلد التلف .

وقوله : (وَعَبْدٌ قُطِعَ ، بِالْأَكْثَرِ مِنْ مُقَدَّرٍ وَنَقْصِ قِيَمَةٍ) .

أى : وما لا ينضبط ، وعبد قطع ، فإذا قطعت مثلاً يد العبد المغضوب ، أو تلفت بجناية ، فإنها تضمن بالأكثر من أرش اليد المقدّرة ، ونقص القيمة ، وكذلك سائر أعضائه المقدّرة ، وإذا كان المتلف

غيره فله الرجوع عليه بما غرم ، وأما إذا تلف هذا العضو ، بآفة
سماوية ، فليس إلا نقص القيمة .

وقوله : (فإن جنى ومات ، وضمن قيمته ، فأخذت للجناية
ضمن ما أخذ) .

أى : إذا جنى العبد المغصوب فى يد الغاصب ، فإن جنايته
مضمونة على الغاصب ، فإن مات العبد فى يد الغاصب وغرم للمالكه قيمته
فللمجنى عليه التعلق بها وله مطالبة الغاصب ، فإن تعلق بها واستوفى
من المالك ، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه المجنى عليه لأنه
من ضمانه .

وقوله : (وضمن فرد خف بنقص كل) .

أى : وإذا غصب خفّين ، وقيمتها عشرة فأتلف واحداً وردّ
آخر ، وقيمته وحده ثلاثة دراهم ، فإنه يغرم سبعة قطعاً ، ولو لم
يغصب إلا الفرد الذى تلف أو أتلف واحداً بلا غصب فكذلك
على الأصح وقوله فى الحاوى : وفى فرد خف نصف الجميع : أى إذا
كان قيمتهما عشرة ، وبقي قيمة الفرد ثلاثة غرم الخمسة ، كلامه
شامل ، بما إذا غصب ، وضمن فرد خف ، وبما إذا غصبهما
ورد واحداً ، أو أتلف الآخر ، وفى الروضة أنه يضمن سبعة قطعاً
فى هذه الصور ، وكذلك فى الأخرى على الأصح .

وقوله : (وغير عاقل فتح عنه ، إن خرج حالا ، وزقاً فتحه فسقط بتقاطر أو ريح لا عارضة ، أو بإذابة شمس ، وبنارٍ موقدها) .

أى : وضمن غير عاقل فتح عنه إن خرج حالا ، وإذا فتح قفصاً عن حمامة فطارت حال فتحه ضمنها ، لأن ذلك دليل على أنه نفرها بالفتح ، ولو وقفت قليلاً ثم طارت لم يضمن ؛ لأن للحيوان اختياراً فيصادف خروجها بعد التوقف إلى اختيارها ، وحكم البهيمة والعبد والمجنون بحل رباطها حكم الطائر ، ولو وثبت على الحمامة هرة حالة الفتح ضمنها ؛ لأنه بفتحها عنها كالمغرى للهرة ، وإن أتلفت بطيرانها قارورة ضمنها ؛ لأن التنفير منسوب إليه ، ولو حل قيد عبد عاقل غير آبق لم يضمن وكذا إن كان آبقاً على الأصح ، ولو فتح رأس زق فتقاطر ما فيه نظرت ، فإن كان مطروحاً فاندفق ما فيه ضمن وإن كان مُنْتَصِباً ، بحيث لو بقي على حاله لم يضع ما فيه لكنه سقط فضاع ما فيه ، فإن سقط بفعله بأن تحرك حال فعله ضمن وكذا إذا سقط بسبب فعله ؛ بأن أخذ يتقاطر حتى ابتل أسفله وسقط ضمن ؛ لأن فعله سبب السقوط وإن سقط لعارض من ريح أو زلزلة ، أو وقوع طائر عليه ، فلا ضمان بخلاف ما إذا كانت الريح المسقطه موجودة وقد أطلق في الحاوى : وقال لا إن سقط بريح . ولم يفرق بين العارضة وغيرها ، وهو خلاف عبارة الأصحاب ، فإنهم يخصصون بذلك الريح العارضة ، ولو أخذ في التقاطر فنكسه آخر ؛ فالضمان قبل التنكيس على الفاتح وبعده على المنكس ؛ لأنه مباشر ، فخص بالضمان كالملقى في البئر مع حافرها ، هذا إذا كان في الزق

مائعاً ، فإن كان جامداً ، فأذابه حر الشمس ، أو الجو ضمن ، لأن هذا منتظر لابد منه ، بخلاف هبوب الريح ، وإذا أوقد رجل عنده ناراً فذاب منها ، فالضمان على الموقد ؛ لأنه مباشر ، فعلمت من هذا أن الضمان ليس مقصوراً على الغصب وحده بل الإتيلاف أيضاً موجب للضمان ، بل هو أولى ، ثم الإتيلاف ، قد يكون بمباشرة ، وقد يكون بالسبب كما ترى ، وكلاهما مُضمَّن ، لكن المباشرة مقدمة في وجوب الضمان ، وقوله في الحاوى : كأن فتح عن غير عاقل : تقديره بالاستيلاء على مال الغير ضمن ما يحصره القدر منه ، إن تلف بالمثل كعصير تخمر ، ولو عطف بالواو صح الكلام ، لأن الطائر ليس مما يحصره القدر ، ولا مُنفَرَّة بفتح القفص مشئول عنه ، فحكم بأن المغصوب إذا تلف يضمن كما يضمن غير المغصوب بالإتيلاف .

وقوله : (فإن فتح حرزاً ، أو دل سارقاً ، أو حبس ذا مال لم يضمن) .

أى : لأنه لم يوجد منه إثبات يد على مال ، ولا مباشرة بل المباشر هو السارق ، فلو كان هذا سبباً لكان في المباشرة ما يسقط عنه الضمان وليس في حبس الرجل إتيلاف لماله وترك ، وقوله في الحاوى : أوضاع في داره شئ ، اكتفى بما ذكرناه ، في آخر الوديعة ، فقد تكرر في الحاوى : وذكره في الوديعة بآتم مما ذكره هنا .

وقوله : (وضمن وإن أدى قيمة فرقة أرشاً ، ومنفعة ، مع صيد عبد لا منفعة كلب ولا حر ، أو بضع بلا استيفاء) .

أى : ويضمن أرش نقص حصل فى المصوب ، سواء كان بفعله أو بفعل غيره ، ويضمن منافع المصوب إذا غصب ثوباً مثلاً ولبسه حتى أبلاه ، لزمه أجرة لبسه وأرش النقص للبس على الأصح ، ويضمن المنافع وإن لم يستوفها لدخولها تحت اليد ، لا منفعة الحر ولا منفعة البضع ، ولأنهما لا يَدْخُلان تحت اليد ، فلا يضمنان إلا باستيفاء ، ولهذا يجوز تزويج الأمة المصوبة وإن لم يجر بيعها ، لدخولها دون البضع تحت اليد ، فإن استخدم حراً ، ووطئ مغبوبة لزمه أجرة ومهرها ، وإن حبسه أو استولى على الأمة مدة لم يضمن إلا مهرها ، نعم من استأجر حراً فله تأجيرها وإن لم يدخل تحت اليد ، جُوزَ ذلك للحاجة والمصلحة ، وإذا غصب عبداً ، فاصطاد للغاصب ، فالصيد للمالك ، وعلى الغاصب ضمانه وأجرة مدة الاصطياد وأرش طراً فيه ، ولو أبق هذا المصوب ، وجب على الغاصب بتسليم قيمته أكثر ما كان من حين الغصب إلى حين المطالبة ، للفرقة والحيلولة وقد بينا أنه يردّها إذا رد المَغْصُوب ولم يكن له أن يُقَاصِصَه بأجرة مدة الغصب ، ولا تسقط الأجرة بتسليم قيمة الفرقة ، وسواء كان العبد مكاتباً أم لا ، وأما ما غرمه الغاصب ، من أجرة المكاتب يحسب من نجومه .

وقوله : (وبإِغْلَاءِ نَقْصِ زَيْتٍ ، لا عين عصيرٍ فقط) .

أى : نقص الزيت بالإِغْلَاءِ ، ولا يخلو الزيت إذا أُغْلِيَ من أن ينقص عينه أو قيمته أو ينقصا جميعاً ، أو لا ينقص واحد

منهما ، فإن لم ينقصا فلا شيء ، وإن نقصت العين دون القيمة ضمن مثل الناقص أو القيمة دون العين ضمن الأرض ، وإن نقصا معاً ، ونقصان القيمة بقدر نقصان العين ضمن مثل ما نقص ، وإن زاد نقصان القيمة رد مثل ما نقص من العين مع الأرض ، وإن أغلِيَ العصير ، فتنقص عينه ولم تنقص قيمته ، فلا ضمان على الأصح لأن الذهاب مأؤه ، وقوله في الحاوي^(١) والزيت والعصير إن نقص لا قيمته فيه أمران :

أحدهما : قوله لا قيمته أراد به أنه يضمن إذا نقص قدره لإغلاء ، وإن لم تنقص قيمته ، وقد يوهم أنه إذا نقص بالإغلاء ضمنه دون قيمته وليس كذلك ، بل قد يضمن في مسألة الإغلاء بالمثل والقيمة معاً ، وذلك إذا أغلاه فنقص ربع مكيله ونصف قيمته فإنه يضمن ربع مكيلته وربع قيمته أرشاً .

الثاني : أنه جعل العصير كالزيت في أنه يضمن نقص عينه بالإغلاء . وإن لم تنقص قيمته ، والأصح في أصل الروضة ، وفيما نقله في العزيز عن الشيخ^(٢) أبي حامد والقاضي^(٣) والرويانى^(٤) ، ولم يرجح سواه أنه لا يضمن لأن الذهاب مأؤه .

(١) وفي ح « والزيت والعصير إن نقص لا قيمته بالإغلاء لا السمن المفرط » .

(٢) الشيخ أبو حامد شيخ طريقة العراق .

(٣) القاضي حسين .

(٤) الرويانى . عبد الواحد بن اسماعيل بن احمد بن محمد « الإمام الجليل أبو المحاسن الرويانى صاحب « البحر » أحد أئمة المذهب ولد في ذي الحجة سنة ٤١٥ هـ خمس عشرة وأربعمئة وتفقه على أبيه وحده ببلده وعلى ناصر المروزي بنيسابور ومحمد بن بيان وعبد الله بن جعفر الخبازى وغيرهم وكان يلقب بفخر الإسلام وله الجاه العريض في نيسابور =

وقوله : (وضمن زيادة تحل ولو بفعله ، كتبر صاغه ، وسمن أفاد ، لا نقص رخص ، ونحو آلة لهو ، بكسر لا ما زيد عبثاً) .

أى : وما حصل من المغصوب من زيادة ، كدّر وصوف ونسل وصنعة هو مضمون على الغاصب ، وإن حصلت فيه زيادة بفعله كما إذا غصبت تبرأ فصاغه ، أو خشبة فجعلها باباً ، فإنه بالتلف يضمن التبر مصاغاً والخشبة باباً ، وإذا ردّه وأمكن إزالة الصنعة فله تكليفه إزالتها وتضمينه أرش ما نقص من قيمة المغصوب لا الزيادة التى أذن فى إتلافها ، ولو أزالها الغاصب وأبدلها بصفة أخرى ضمن زيادة الصفتين كالسمنين . ولو أراد الغاصب إزالة صنّعه وضمان أرشها ، لم يكن له إلا لغرض ، كأن صنّعها دراهم بغير سكة السلطان وخشى التعزير ، ولا يضمن سمناً لا فائدة فيه ، كما إذا سمن الجارية أو الفرس سمناً جاوز حدّ الاعتدال ، وكان لا يريد به على حالة الاعتدال ، أما إذا كان فى نحو الشاة وما يتخذ للذبح فلا شك أن القيمة تزداد به . وإن زاد قيمتها ، بتعلم صنعة محرمة كضرب العود ، لم يضمن الزيادة وذكر فى الروضة ، أنه لا يضمن زيادة الجارية بتعلم الغناء فى يد الغاصب ونسيانها إياه فى يده ، وقال إنه الأصح المنصوص وأما تفاوت السعر بالرخص والغلاء فلا يضمن ، ولو كسر الأصنام وآلة الملاحى لم يضمنه بكسرها ، وهذا إذا كان الكسر

= وبخارى ومرو وغيرها وله العلم الغزير والدين المتين والمصنفات السائرة فى الآفاق والشهرة فى حفظ المذهب ومن تصانيفه « الفروق » و « الحلية » و « التجربة » و « المبدأ » و « حقيقه القوانين » و « الكافي » وغيرها وتوفى شهيداً فلكه الملاحدة حدّاً وحققاً عليه فى المحرم سنة ٥٠٢ اثنتين وخمسة ج ٢٦٤/٤ طبقات الشافعية .

بقدر ما يمنع الانتفاع المحرم ، فإن جاوز ، ذلك ضمن المجوز فقط إذا أراد إزالتها فمنعه صاحب اليد ولم يمكنه التوصل إلى إتلافها إلا بترضيخ أو إحراق وفعل ذلك لم يضمن ، وقوله : في الحاوى^(١) : إلا السمن المفرط ، إلى قوله ولو بفعله ، فيه أمور :

أحدها : (قوله : إلا السمن المفرط ، أطلق كون إفراط السمن علة لسقوط الضمان ، وليس كذلك ، بل ذلك مخصوص بما إذا لم تزد به القيمة كسمن الجارية ونحوها المفرط ، أما المأكولة فإفراط سمنها زيادة في قيمتها) .

الثاني : والملاهي بالكسر ، مقتضاه أن انكسر فيها غير مُضمَّن مطلقاً والأصح أنه مخصوص بقدر تمنع منه المنفعة المحرمة ، فإذا جاوزه ضمن كما صحح في العزيز والروضة .

الثالث : قوله : لا الإحراق مقتضاه أنه يضمن كل إحراق وليس كذلك ، بل إذا امتنع ذو اليد ولم يمكن إتلافه إلا بالإحراق أحرقه ولم يضمن .

الرابع : قوله : (وضمن الزائد ولو بفعله يرد عليه ما لا يحل من الزيادة كتعلم ضرب العود ، قال ابن النحوى : يدخل فيه ما إذا زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ثم نسيت له لكن الأصح من

(١) وفي « لا السمن المفرط ونقصان الكساد . والملاهي والصليب والصنم بالكسر لا بالإحراق والخمر المحترمة والذي وترد ورد المنسوب والزائد وضمنه ولو بفعله » .

زيادة الروضة أنه لا يضمن ، ونقل الرويانى ، عن النص وعمله
بأنه محرم ، وقال ابن النحوى : والتعليل بهذا مخالف لما صححوه
فى كتاب الشهادات ، أنه مكروه ، فقط انتهى ، وأقول يمكن
الاعتذار عن النص ولما صححه النووى ، وخالف به فى الشهادات
بأنه ذكر كراهته الغناء فى حالة واحدة ، وهى إذا لم تحدث فتنة ،
وتعلم الغناء تعلم لما يخشى منه الفتنة فحرم كما يحرم غناؤها
المخصوص بخوف الفتنة .

وقوله : (وردّ ولو خرقا ، بأرّش وخمر ذمّي كتمت أو محترمة
بلا ضمان) .

أى : ويجب رد المغصوب ولو كان ثوباً وتمزّق وصار خرقة ، لزمه
أن يرد الخرق وأرّش النقص لأنها عيّن ماله ، وكذلك الشاة بذبحها
والبر بحنطة ، ويجب رد الكلب المقتنى ككلب الصيد والماشية ، وخمر
الذمى ، والخمر المحترمة ، وجلد الميتة ، فإن كل ذلك يجب رده إلى
صاحبه ، لأنه أحق به ، لكنه إذا تلف لم يضمن ، لأنه لا قيمة له ،
هذا إذا كتم الذمى بالخمر ، فإن تظاهر به أريقته ولم يتعرض بهذا
فى الحاوى .

وقوله : (وحرّم دون غرض ردّ تراب بلا إذن وطمّ بئر بعد رضا) .

أى : وإذا وجب رد المغصوب فإذا كان تراباً نقله من أرض غيره
لزمه رده ، لكن لا يجوز إلا إذا كان للغاصب غرض فى رده ، بأن

كان قد نقله إلى أرض نفسه وأراد تفريق أرضه منه ، أو وضعه في طريق وخشى التعثر به ، فإن رَدَّهُ وكان في طريقه موات ونحوه تركه فيه ، فإن لم يكن في نقله غرض ، ورضى المالك باستدامة البئر لم يجز رد التراب إلا بإذنه ، لأن رضاه بالاستدامة ، تُسْقِط الضمان ، ويمحو أثر التعدي ، فإن خالف ورد التراب وطم البئر لزمه نقله وحفرها ثانياً على الأصح ، ولو سفت الريح التراب ، غرم الغاصب مثله عند الطلب ، وإذا لم يرض المالك باستدامة البئر ، وأراد الغاصب طمها وقد ضاع ترابها ولم يأذن في غيرها ، فله طمها بغيره على الأصح ، وقوله في الحاوى : ورد التراب بالإذن حيث لا غرض أو لم يرض في الطم فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه الغاصب إنما يتسلط على طم البئر برد ترابها دون غيره ، إذا تلف وهو وجه ، والأصح أن له طمها بغيره .

الثاني : أن قوله ولم يرض في الطم مقتضاه ، أنه إذا رضى باستدامة الحفر امتنع عليه الطم وليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا لم يكن له غرض كما في المسألة الأولى .

وقوله : (وكُلِّفَ تَسْوِيَةٌ ، لا إعادة جدار) .

أى : إذا نقل التراب لزمه رده وتسويته كما كان وتسوية حفره كما كان ، ولو هدم جداراً لم يلزمه إعادته ولزمه الأرّش على الأصح ، وفرق الإمام بينهما ، بأن طم البئر لا يكاد يتفاوت وهيئة الأبنية

تختلف ، فشبه ذلك بذوات الأمثال ، وهذا بذات القيم ، حتى لو
نزع لَبِنَةً أو لبنتين من رأس الجدار ، وأمكن الرد من غير اختلاف
هيئته فهو كطم الحفر .

وقوله : (وله نَزْعُ سَاجَةٍ^(١) من بناء قبل تَعَفُّنٍ أو سفينة لا بلجة
ولو فارغة ، كخيطة من جرح محترم إن أمن أو مات ولو آدمياً أو
ارتد) .

أى : ولو غصب ساجة وأدخلها فى بناية ، فَلِمَالِكها إخراجها منه ،
وإن أدّى إلى هدم بناية ، وهذا إذا لم تتعفن الساجة ، فإن تَعَفَّنَتْ لم
ينزع ، وكذا إذا بلى الخيط المخاط به الجرح لا ينزع ، ولو أدخلها
فى سفينة وكانت على الشط نزعها منها ، وإن كانت فى اللُّجَّة وفيها حيوان
محترم ولو كان للغاصب أو مال لغيره ممن لم يعلم لم ينزع ، وإن كانت
فارغة أو فيها مال للغاصب أو لمن علم بِغَصْبِهِ ثم أدخل ماله فوجهان
الأصح لا ينزع ؛ لأن الإمهال إلى قربها من الشط هينٌ ، وكذلك
لو خاط بخيط مغصوب ثوباً ونحوه ، فله نزع الخيط ، فإن أخاط به
جُرْحَ حيوان ، نظرت ، فإن لم يكن له حرمة كالمرتد والكلب
العقور ونحوه فلا مبالاة فينزع الخيط ، وإن كان محترماً نظرت ،
فإن خيف منه محذورا يبيح التيمم لم ينزع إلا أنه لا أثر للشين الظاهر

(١) الساجة الواحدة من الساج وهو ضرب عظيم من الشجر وجسمها ساجات وهو ينبت فى الهند ويحلب منها إلى غيرها
وقال الزمخشري الساج خشب أسود رزين يحلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل نار ونيران ، وقال
بعضهم الساج يشبه الأبنوس وهو أقل منه سواداً انتهى مصباح / م .

فى الحيوان غير الآدمى وتجب قيمة الخيط للحيلولة على المجروح ،
فإن كان هو الغاصب ، أو علم ، وإلا فالقرار عليه أيضاً على الأصح ،
كمن قدم لضيفه طعاماً مغصوباً ولو مات من خيط بالمغصوب جراحته ،
وكان حيواناً نزع ، وكذا إذا كان آدمياً على الأصح ، لأن الجسم
بعد الموت للبلى وقوله فى الحاوى^(١) : والساجة المندرجة فى البناء ،
والسفينة ، لا إن خاف محترماً ، غير مال الغاصب ، فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق النزع من البناء وذلك مخصوص بما إذا لم
تتعفن الساجة فإن تعفنت لم تلزمه القيمة :

الثانى : قوله : لا إن خاف محترماً غير مال الغاصب . مُقتضاه أنه
ينزع إذا كان فيها مال الغاصب ، أو كانت فارغة ، لأنها ماله والأصح
أنه لم ينزع قال النووى وهو الذى صححه الأكثرون .

الثالث : قوله : وخاف هلاكه . ليس التخصيص بما إذا كان الهلاك
هو الصحيح ، بل الصحيح أن كل محذور يبيع التيمم لا يباح له
نزع الخيط ، ذكره فى العزيز والروضة .

الرابع : قوله : وإن مات الآدمى ، أى فإنه لا ينزع ، والأصح
فى الروضة أنه ينزع وصححه فى العزيز عن صاحب^(٢) النهاية ولم
يرجح غيره .

(١) وفى ج « والساجة المندرجة فى البناء والسفينة لا إن خاف محترماً غير مال الغاصب كما لو خاط به جرح محترم
وخاف هلاكه وإن مات الآدمى لا إن ارتد وكسر الظرف للتخلص » .

(٢) النهاية لإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن حيويه الجوينى .

وقوله : (وَكُسِرَ ظَرْفٌ لِتَخْلِيصٍ ، بِأَرَشٍ ، لَا لِلْمَالِكِ فَعْلٌ) .

أى : وإذا وقع دينار مثلاً فى محبرة ، أو كبشرٍ فصيل^(١) ، فضايق عنه الباب ، وكسر المحبرة ، ثم إن كان الدخول بفعل صاحب المحبرة ، فلا أَرَشٌ وإن لم يكن بفعله ، فله الأَرَشُ على صاحب الدينار ، والفصيل لأنها تلفت لتخليص ماله .

وقوله : (وَأَخَذَ مُسْتَحِيلَ بَذَرٍ وَبَيْضٍ ، وَعَصِيرٍ بِأَرَشٍ وَخَمْرٍ ، وَجَلْدٍ ، إِنْ لَمْ يُعْرِضْ) .

أى : إذا غَصَبَ بَذْرًا فزرعه ، أو بيضاً فتفرخ ، أو عصيراً فصارت خلاً ، أو غُصِبَتِ خمرًا - وكانت محترمة - وهى التى اتخذ عصيرها ليصير خلاً فصار خلا ، كذا فسرهُ الشيخان فى الرهن ، وكذا غير المحترمة على الأصح ، أو غصب جلد ميتة فدبغه ، فإنه يأخذه المالك . وإن حدث نقص فى الثلاثة ردها ، وردَّ معها أَرَشُ النقص ، أما العصير إذا انقلب خمرًا ، وقد قصد به الخل ، فإنه يَغْرِمُ معه كمال القيمة ، ويكون مالكة أولى به وإن لم تكن محترمة فعلى الغاصب إراققتها ، وإنما يُرَدُّ الخل والمدبوغ إذا لم يعرض عنهما المالك قبل عود المالئة ، ولم يتعرض فى الحاوى للإعراض وعدمه :

(١) يريد كبشرٍ وقع فيه فصيل وضايق الباب عن إخراجه والفصيل ولد الناقة إذا بلغ حداً يمكن عنده فصاله وقطامه من أمه ، المصباح المنير / م .

وقوله : (وإن صَبَغَ الثوب - ولو بمغصوب^(١) - فالنَّقْصُ على الصبغ ،
والزائد بينهما^(٢)) ، وكُلِّفَ قَلْعُ مُتَحَصِّلٍ كبناء ونبات ، - وإن بذله
أو نقص - ولا يملك عليه ، وإن بقى كلف بِبَيْعِهِ ، مع الثوب
لا عَكْسُهُ)

أى : وإن صَبَغَ الغاصب الثوب المغصوب ، فلا يخلو ، إما أن
يكون الصبغ ملكاً للغاصب أو مغصوباً ، فإن كان مغصوباً نظرت ،
فإن حصلت زيادة بإصباغه ، فإن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة
الصبغ عشرة ، فبلغ مصبوغاً ثلاثين ، فهى بينهما نصفين ، وإن تساوت
القيمتان أخذ كل ماله . وإن حصل نقص ، اختص له صاحب الصبغ ،
لأنه تابع والثوب أصل ، فإن صارت قيمتهما ثمانية ، غرم الغاصب
قيمة الصبغ ، ولصاحب الثوب درهمين ، ونقل فى العزيز والروضة
عن الشامل والتتمة أنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثوب
فالنقص محسوب من الثوب ، أو لانخفاض سعر الصبغ فمن الصبغ ،
وكذا لو كان النقص بسبب^(٣) العمل ، قال ، ويمكن هذا التفصيل
المراد ممن أطلق ، قلت : والصبغ وإن كان لهما حكم الأعيان ولكن وقع
فيهما بعد الاختلاط تَغْيِيرٌ ، فقد يكون زيادة وقد يكون نقصاناً ،

(١) أى بصبغ غصبه من مالك الثوب ، أو غيره ، فحدث نقص فى قيمتهما أو زيادة عليهما وكان ذلك بسبب العمل / ف

(٢) أى بين الثوب والصبغ فيوزع عليهما بحسب القيمة ، فلصاحب كل حصة ماله / ف .

(٣) وخرج بقول بسبب العمل النقص أو الزيادة بانخفاض سعر أو ارتفاعه ، فإنه يختص بمن انخفض أو ارتفع
سعر ماله كما بيته فى الأصل مع فوائد منها الرد على الشارح فى الجورجى فيما شنع به على المصنف ، وعلى الاشتراك أن تعدل
فصل الصبغ / ف .

فهما في حال التقويم ، لزيادة كالأعيان المشتركة تُقَوَّم لِيَصِلَ كُلُّ
إِلَى حِصَّتِهِ وربحها في حال التقويم للنقص كالأعيان المجنى عليها ،
تُقَوَّم لمعرفة الأرش ، فهلا قيل إنها في حال الزيادة ؟ تقوم بقيمة الوقت
كما في الأعيان المشتركة ، وفي حال النقص يقوم على الغاصب لجواز
الفائت بأقصى القيم ، وأكثرها من الغصب إلى التلف كالأعيان المجنى
عليها . فإذا غصبه وقيمتة عشرون ، ثم صار بالرخص إلى عشرة ، ثم
صبغه فبلغت خمسة ، لزمه رد الثوب مع عشرة ، وهذا لا محيص عنه ،
وفي حق الشريك غير الغاصب بقيمة الوقت . واعلم أنا لا نحكم باشتراكهما
إذا تعذر فصل الصبغ ، أما إذا أمكن فصله ، فإننا ننظر فيه ، فإن
كان لا يحصل منه عين ، فليس للغاصب فصله إن رضى صاحب الثوب
بتركه ، وهو لصاحب الثوب تكليفه فصله ؟ وجهان : الأصح لا ،
فتبقى الشركة بينهما ، وإن كان يحصل منه عَيْنٌ فلكل منهما طلب
فصله ، فإن لم يرض الغاصب فللمالك تكليفه ، ولو نقص به الثوب
ويطالبه بأرشه ، ولو قال الغاصب تركت الصبغ لم يكلف قبوله بل
يكلفه فصله ، وكذلك إذا بنى الغاصب في الأرض المغصوبة ، أو زرع
أو غرس ، فلصاحب الأرض تكليفه القلع ، ولو أراد مالك الثوب
أو مالك الأرض أن يملك على الغاصب الصبغ والبناء والغراس
بالقيمة ، كما في المستعير والمستأجر ، لم يكن له ذلك ، لأن له تكليف
الغاصب القلع مجاناً ، بخلاف المستعير والمستأجر ، وإن بقي الصبغ
أما لضرورة كونه لا يمكن فصله أو بتراضيهما ، وأراد صاحب الثوب
بيع الثوب ، لزم صاحب الصبغ بيع صبغه معه ، لأنه لا يمكن بيعه

وحده لتعذر الانتفاع به ، وامتناعه من البيع منع له عن بيع ملكه ، ولو أراد صاحب الصبغ بيع الصبغ ، لم يكلف صاحب الثوب البيع ؛ لأن الغاصب متعد فلا تسلط بتعديه على إزالة الملك المتعدى عليه . وإن كان الصبغ لغيره ، فهو يأخذ منه القيمة للحيلولة ، ويمنع صاحب الثوب من استعماله حتى يتراضيا على شيء ، وقوله في الحاوى : وألزم بيع صبغ أن بيع الثوب لا بالعكس ، وقلع الصبغ والزرع والغراس والبناء فيه أمران :

أحدهما : أنه أطلق تكليف الغاصب بيع الصبغ مع صاحب الثوب ، كما ذكره في العزيز والروضة .

الثاني : وقلع الصبغ يقتضى إزالة الصبغ مطلقاً ، وليس كذلك ، بل ذلك إذا كان يحصل منه عين ، وإلا فلا يكلف على الأصح كما هو في العزيز والروضة .

وقوله : وخلط مالا يتميز ، وجناية تسرى ، كجعله هريسة أهلاك . وكلف تمييز شعير من بُر .

أى : إذا غصب مثلياً وخلطه بمثله نظرت ، فإن كان لا يتميز كزيت يخلطه بجنسه أو بجنس أخرى كشيرج فالأصح حكم التالف سواء خلطه . بأجود أو أردأ أو مساو ، وللغاصب أن يعطيه مثل حقه من غيره أو منه إن لم يخلطه بأردأ منه ، والفرق بينه وبين المفلس حيث جعلنا البائع شريكاً له ولم نجعله كالهالك ، أن البائع هناك لا يصل إلى حقه تماماً إلا بذلك ، بخلاف هذا فإن الغاصب يضمن

البذل كله ، وأما إذا خلطه خلطاً يمكن تمييزه ولو بمشقة شديدة ، كما إذا خلط برا وشعيراً وذرة بدخن فإنه يلزمه تمييزه ، ثم إذا حاكمنا بأن المخلوط في حكم الهالك صار ملكاً للغاصب بنفس الخلط لكن ليس له التصرف قبل إيفاء قيمته ؛ لأنه لو ملكه إيّاه بعوض لم يملك له التصرف فيه ، بل للمالكه حق الحبس حتى يرضى بدمته فكيف إذا ملكه بغير رضاه ، ولو غصب حنطة وبلّها وتمكن منها العفن السارى أو جعلها هريسة ، أو الدقيق عصيدة فإن هذا أيضاً يلحق بالهلاك على الأصح ، وهل يملك الغاصب الهريسة ، لأنها ملحقة للهلاك في حق المالك أم يبقى على ملك المالك ولا يكون عدوانه قاطعاً حقه كما لو نجس زيتَه وجهان^(١) .

وقوله : (وضمن آخذ من غاصب ، لا بنكاح ، ورجع أن جهل ، لا بما ضمنه ، لو آخذه من مالكه ، أو فوّته كمُشْتَرٍ لا يرجع بقيمة ، وأرّش ، ومَهْرٍ ، بل بقيمة ولد حُرٍ وأرّش بنائه) .

أى : وكل يد ترتبت على يد الغاصب ، فهي ضامنة وإن كان بغرور من الغاصب سواء علم الآخذ منه ، أو جهل ، فإنه يضمن ، وللمالك مطالبة من شاء منهما ، وهل يرجع الآخذ من الغاصب على الغاصب بما غرم ينظر فيه ، فإن كان عالماً فهو كالغاصب فلا يرجع إذا تلف تحت يده ، وإن كان جاهلاً نظرت ، فإن أودعه أو رهنه

(١) وهناك قول ثالث يقول بوجوب رده مع أرّش النقص وقول رابع يغير بينهما المالك ، أى بين قيمة ما صار كالمالك وبين ما صار كالمالك مع أخذ أرّش النقص ، شرح منهاج النوى / م .

فضمن الوديعُ أو المرتن ، رجع على الغاصب ؛ لأنه غره فيما لا يضمن لو أخذه من مالكه ، وإن أعاره إياه واشتراه منه أو اتهمه وتلف عنده أو تعيب وضمن العين لم يرجع على الغاصب ؛ لأنه لو استعار أو اشترى أو اتَّهَب من المالك ، كانت العين من ضمانه فذلك إذا أخذها من الغاصب ، وهو المراد بقوله : كَمُشْتَرٍ جَعَلَهُ مِثَالًا لَا يَمْنُ يضمن ، إذا أخذ من المالك ، أما ما ضمن بالقيمة والأرش والمهر لا يرجع على الغاصب ، وأما المنفعة فإنهم دخلوا على أنهم لا يضمنونها لكن إذا استوفاهما لم يرجعوا ، أما ما تلف منها تحت اليد لا باستيفاء رجعوا ، به لأنهم لم يدخلوا على أن يضمنوا المنافع ولا فوتها ولو اشترى أمة فأولدها ، أو أرضاً فيبني فيها ثم خرجت مستحقه ، فالولد حر نسيب للشبهة ، وتلزمه قيمته يوم الولادة لسيد الأمة ، والبناء يلزمه قلعه ، فإذا غرم القيمة وقلع البناء ورجع على الغاصب لأنه لم يدخل على أن يضمن ذلك : والمستأجر كالمودع يرجع بقيمة العين ، وأما المنفعة فيغرم المستأجر أجرة المثل ، ويرجع على الغاصب بالمسمى ، واعلم أن من تزوج من الغاصب لا يضمن لأن الزوجة لا تدخل تحت اليد ، وقيل يضمنها ، كالمودع على المذهب في الروضة أنه لا يضمن ، ولم يستثن في الحاوي الزوجة المأخوذة من الغاصب بالنكاح ، ولعله اكتفى بما ذكر أولاً من كون البضع لا يدخل تحت اليد .

وقوله : (فَإِنْ غَرَّ الْمَالِكَ ، فَأَكْلَ أَوْ تَزَوَّجَ فَأَوْلَدَ ، أَوْ قَتَلَ

قصاصاً ، الا دفعاً أو اتبه أو أعتقه أحدهما ، بإذن برئ ،
إلا بإيجار ، وإيداع ورهن) .

أى : إذا غر الغاصب المالك ، فقدم إليه طعامه ضيافة فأكله ،
فالأصح أنه يبرأ ؛ لأنه أتلفه والقرار على المتلف ، نعم لو قدمه
إليه وقال : هو ملكى لم تسمع دعواه أنه المغصوب ، ولو قدمه إلى
أجنبي وطولب بالغاصب ، لم يكن له الرجوع على الأجنبي ؛ لاعترافه
أنه مظلوم ، وكذلك لو باعه منه وأتلفه وله استرداد الثمن ، ولو قدمه
إلى غيره ، فأكله مغرور لزمه الضمان أيضاً على الأصح ، وقراره عليه
ولم يذكر فى الأصل لأنه داخل فى قوله : وضمن أخذ من غاصب ،
ولو زوّج الغاصب المغصوبة من المالك فوطئها وأولدها صارت أم
ولد له ، وبرئ الغاصب بذلك من الضمان ، ولو قتل المغصوب من
يرثه ماله فقتله وهو تحت يد الغاصب قصاصاً وقد غره الغاصب
به ولم يعلمه أنه عبده برئ الغاصب أيضاً على الأصح ؛ لأنه صال
عليه فقتله دفعاً ، فإن الغاصب لا يبرأ ، ويلزمه ضمان العبد ؛ لأنه
لو كان ملكاً للغاصب لما ضمنه ، ولو ظنه عبداً للغاصب فاتبه
له ، أو أقبضه برئ الغاصب على الأصح ، وإن أمره الغاصب بعتقه
فأعتقه ، أو أمر المالك الغاصب بعتقه وهو يظنه عبده ، فأعتقه
نفذ العتق وبرئ الغاصب ، لأنه أتلف ملكه بالعتق ، أو بالإذن
فيه ، وسواء قال : أعتقه وأعتق أو عني أو عن نفسك فإنه يعتق ،
إلا أن فيه إذا قال أعتق عني وجهين مطلقين ، فى الغريز والروضة

وصحح فى المهمات النفوذ ، ففى كل هذه المسائل إذا غرَّه الغاصب
وفعل ما ذكرناه برئ ، بخلاف ما إذا أودع الغاصب المالك أو رهنه
أو أجَّره المغصوب وغرر ، فإنه لا يبرأ ، وإن تلف عند المالك طلبه ،
لأنَّ يده فى هذه الحالة غير ضامنة .

الشفعة

وقوله : (باب . الشفعة^(١)) في أرضٍ بتابعٍ ، لا تابعٍ دون أرضٍ ، مُنْقَسِمٍ قهراً كَمَمَرٍ منه بُدُّ لشريك ولو وارث مريض حاباً ، وأباً لا نحو وصيٍّ فيما باع لطفلٍ ، أن تملك قبلَ بمعاوضة ، لا عوض نجم مكاتب رَقٍّ ، وموصىً به لمن خدم ولده) .

أى : اعلم أن الشفعة لا تصح إلا في الأرض وتابعها من البناء والشجر ، ويدخل البناء والشجر في اسم التابع ؛ لأنهما تابعان للأرض ويدخل فيه الرفوف والأخشاب المثبتة في البناء والباب المغصوب وثمر الشجر قبل التأبير ، لا الزرع ونحوه كل ذلك تابع للأرض ، وخرج بقوله لا تابع دون أرض بيع البناء والشجر دون أرضهما لأنهما وإن كانا عقاراً ، إلا أنهما تابعان للأرض ، فلا شفعة فيهما ، إذا أفردا عنها بالبيع لشبههما بالمنقول ، فلو باعهما مع المغرس والآس فقط ، لأن المغرس والآس تابعان للبناء والشجر ، والشرط أن يكون الشجر والبناء تابعين للأرض ، وسواء كان البناء سفلاً

(١) الشفعة لغة الضم وقيل ضم نصيب إلى نصيب ، وشرعاً حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بمعاوضة ، ولا سثنائها من أخذ مال الغير قهراً ، ذكرت عقب الغصب ، والمعنى فيها دفع ضرر القسمة واستحداث المرافق ، كالمصعد والمنور والبالوعة في الحصة الصائرة إليه فليست تعبدية وأصلها قبل الإجماع خبر البخارى عن جابر رضى الله تعالى عنه « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم . بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقمت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وفي رواية له « في أرض أو ربع أو حائط » والربع المنزل والحائط البستان ، وأركانها ثلاثة أخذ ومأخوذ ومأخوذ منه وزاد بعضهم الصيغة فلا يصح التملك ألا بها ولكل منها شروط ذكرها المؤلف : وبدأ بالمأخوذ فقال الشفعة في أرض الخ / ف وحديث البخارى المذكور عن جابر - ٣ ص ٥٩ بلوغ المرام .

أو علواً بسقفه لا تقع الشفعة عليه ، واستغنى بذلك من تقييد العقار بالثابت ، لأن ما بيع مع أرضه فهو ثابت ، ولو كان السفلى بينهما أو لأحدهما العلوى خاصة فباعه مع نصيبه من السفلى شفع الشريك فى السفلى فقط ، وفى قول : مع نصف العلوى أيضاً ، واحترز بقوله : منقسم قهراً ، عما إذا اشترى شِقْصاً من حَمَامٍ صغير وطاحونة وبئر لا يمكن قسمتها حمامين وطاحونين وبئرين ، لأن الشفعة ، إنما تجوز على الشريك الطارئ خوفاً منه أن يلحق إلى قسمة المشترك ، وقسمة هذه لا تجوز إلا بتراض ولا يُجبر ، وإن انتفع به مقسوماً فى شئ آخر لل تفاوت بين أجناس المنافع ولو كان هذا المنقسم ممراً والمراد به الممر المشترك فى درب غير نافذ ، وباع بعض أهل الدرب بيتاً لم يكن مشتركاً فلشركائه أن يشفعوا فى الممر فقط ، وذلك إذا كان له بدل منه بأن وجد طريقاً غيره ، أو أمكن أن يفتح إلى الشارع طريقاً ، أو إلى درب له أخرى ، فإن لم يمكن ذلك لم يكن لهم شفعة ، وفهم من قوله منقسم قهراً ، أنه لو كان نصيب أحد الشريكين يسيراً كعُشْرِ دَارٍ صغيرة ، فباع صاحب الأكثر نصيبه ثبت لصاحب اليسير الشفعة ، ولو باع صاحب اليسير لم يثبت لصاحب الكثير الشفعة على المشتري ، لأنه آمنٌ أَنْ تُكَلِّفَهُ القسمة ، وإنما تثبت الشفعة للشريك ، ولا تثبت للجار ومثل بالوارث إذا شفع على من باع عليه قريبه المريض وحاباه لئلا يتوهم أن هذا يؤدى إلى أن تكون المحاباة مع الوارث إذ محاباة الوارث وصية له لكنها هنا مع غير الوارث ، وللاب والجد إذا باعا للطفل عقاراً

لهما ، شركة ، أن يشفعا وكذلك فيما إذا اشترياه له ، لأنهما غير متهمين ، وليس للوصى أن يشفع فيما إذا باع للطفل لأنه متهم فيه لكن فيما إذا اشتراه له لعدم التهمة وإنما تثبت الشفعة للشريك إذا تقدم ملكه على ملك شريكه أو تأخر عنه ، ولكن تقدم تملكه وذلك إذا اشترى زيد شقصاً بشرط الخيار ، ثم اشترى عمرو الباقي في مدة الخيار على البت ، لم يثبت لعمرو على زيد وإن تقدم ملكه ، بل يوقف ، فإن أُجيز البيع ثبت لزيد على عمرو ، ولو اشترياه معاً لم ، يثبت بينهما شفعة لأن ملك أحدهما لم يتقدم فيشفع بشرط أن يكون ملكه معاوضة ، فلا شفعة في موروث وموهوب وموصى به ، لأن الشفعة موضوعة به على الأخذ بما يملك ، والشريك ملك ها هنا بطريق لا يمكن الأخذ به فيها ، لأن الوارث ملك بالإرث ، ومالك الشفيع بمثله متعذر ، والمهَب والموصى له ملكا لتحمل المنّة ، ولا يمكنه أن يأخذ المنّة قهراً منهما ، ولو أخذ عن نجم مكاتب سقط شقصاً عن عقار عوضاً يثبت فيه الشفعة ، فلو رَقَّ المكاتب ولم يعتق تبينا فساد المعاوضة فتبطل الشفعة لفساد الشقص ، وكذلك لو وصّى لمستولده أو لغيرها بشقص إذا خدمت أولاده مدة ففعلت ملكت الشقص ولم يثبت فيه الشفعة ، لأن هذا وصيته بشرط المعاوضة ، ولهذا تعتبر كلها من الثلث وقوله في الحاوى : الشفعة^(١) في عقار ثابت إلى قوله المستولده ، فيه أمور :

(١) وفي ح « الشفعة في عقار ثابت لا علو فقط منقسم بتابعه كالمر إن وجد آخر أو أمكن الشارع فتحه للشريك كوارث مريض باع غبناً والولى لا الوصى فيما باع من طراً ملكه بمعاوضة ، لا عوض نجم مكاتب رق والموصى للمستولدة » .

أحدها قوله في عقار ثابت ، اعترض الرافعى على من قيد العقار بالثابت ، وقال : لك أن تقول أن اسم العقار لا يخلو أن يقع على الأبنية مع قطع النظر عن الأرض ، أو لا يقع كان الضابط المذكور مساوياً للأبنية وحدها ، فلتكن مأخوذة بالشفعة ، وإن لم يقع خرج به ما احترز عنه بهذا القيد ، وهو ما إذا باع العلو المشترك دون السفلى ، فلا حاجة إلى هذا القيد انتهى ، قلت : وهو على أنه منصوص بما إذا اشترى بُنيان مع أبنيته الشجر مع مغرسه دون باقى الأرض ، فإنه عقار ثابت فلا تصح فيه الشفعة .

الثانى : قوله : إن وجد آخر وأمكن الشارح صحة هذا التأويل ، وهذا التحول فى العبارة ، فلو اقتصر قوله إن وجد آخر كفى ، أو قال وأمكن غيره .

الثالث : أنه ترك شرطاً وهو كونه ينقسم قسمة إجبار ، إما بالتراب كالحمام الصغير ، وما أشبهه ينقسم بالتراضى .

الرابع : قوله : والولى لا الوصى ، يطلق على كل من له ولاية على الطفل ، فقولهم ، يجوز للولى أن يشتري العقار ، وعلى الولى أن يتصرف بالغبطة ، يعنون به ، الأب والجد والوصى ، والقيم والحاكم ، وإذا أردوا تخصيص بعضهم ، قالوا الأب والجد والوصى والحاكم ، وقد أطلق الولى هنا وأراد به الأب والجد ، واستثنى الوصى وحده والقيم والحاكم مثله .

الخامس : قوله : ممن طراً ملكه على ملكه فيه تسامح لأنه على الحقيقة ، إنما طراً على محل ملك شريكه .

السادس : قوله ملكه على ملكه ، لا يشترط تقدم الملك بل يكفي تقدم التمليك بدليل قوله في الحاوى^(١) : بعد ولو فيهم المشتري بقدر الملك ، وأن تعدد بعد ، فلو باع أحد الشريكين بشرط الخيار لهما ، فإن الملك يكون موقوفاً ، ثم لو باع للآخر بناء في مدة الخيار ، ثم أمضى العقد الأول ، كانت الشفعة بمن يملك أولاً على من ملك أولاً ، وهو المشتري بلا خيار ، وإن كان الخيار للمشتري ، فالملك على الصحيح له ، فله أن يشفع على الثاني في مدة الخيار ، وكذا البائع إن كان الخيار له فإن شفع المشتري أو البائع ، حيث كان الملك له ، ولم تبطل شفعة المشتري انفسخ ، ولا البائع إن أمضى العقد فلو فسخ المشتري غير عالم أن له الشفعة ، لم يكن له أن يشفع على الأصح ، كمن باع نصيبه غير عالم بالشفعة .

السابع : قوله : والموصى به للمستولدة ، إن خدمت الولد ، ليست المستولدة شرطاً بل لو أوصى للأجنبي إن عمل عملاً فهو حكمه .

وقوله : (وأخذ كل شريك ، ولو مشترياً بقدر ملكه) .

(١) وفح « والشركاء ولو فيهم المشتري بقدر الملك وإن تعدد بعد » .

أى : والشفعة للشركاء على قدر الحصص ، لا على قدر الرؤوس ،
فإن كانوا ثلاثة ، لأحدهم النصف وللآخر الثلث ، وللثالث السدس ،
فباع صاحب النصف نصيبه أخذ صاحب الثلث من الشقص^(١) مثلى
ما يأخذه صاحب السدس ، سواء كان المشتري أحدهما أو أجنبياً ،
فإذا اشترى صاحب السدس نصيب صاحب النصف ، شفع صاحب
الثلث فى ثلثي النصف ، وبقي للمشتري ثلثه ، بحق الشفعة فيصير
لصاحب الثلث الثلثان ، ولصاحب السدس الثلث .

وقوله : (ولا يُفَرَّقُ شَقْصُ عَقْدٍ ، فتسقط بعفو عن بعض ،
فإن عُفِيَ عَنْ وَاحِدٍ ، أَخَذَ الْأَجْرَ الْكُلَّ ، كحاضر لم يصبر ثم
مَنْ حَضَرَ ، أَخَذَ بِحَصَّتِهِ ، أو شَارَكَ ولو واحداً بلا ريع) .

أى : لا يفرق فى الأخذ بالشفعة شقص بيع فى عقد واحد بل
إما أَنْ يأخذ الكل أو يترك لما فى الشفعة من الإضرار بالمشتري ،
فإن عفا عن بعض حقه من الشفعة سقط الكل على الأصح ، فإن
استحق الشفعة شريكان فعفا واحد ، وجب أَنْ يأخذ الآخر فليس
له أَنْ يأخذ حصته منه ، ويُشَارَكُهُ ، فإن أخذ حصته وجاء الثالث ،
حصته عند الأول فله أَنْ يأخذها منه ، وله أَنْ يشارك كل واحد ،
فيأخذ من كل ثلث ما معه ، وله أَنْ يأخذ من الثانى الثلث ويضمه
إلى ما مع الأول ثم يقسمانه ، وله أَنْ يقتصر على الذى أَخَذَهُ من

(١) الشقص القدر المباع الذى تثبت فيه الشفعة للشركاء ومثاله واضح / م .

الثانى ، لأن الثالث يقول كل جزء مشترك بيننا ، فلا يَخْتَصُّ حتى فيما بقى لى ، وما حصل من فوائد المشفوع لا يشارك فيه الأخذ منه إلا ما تبع المبيع من الثمر قبل التأبير كما سبق بيانه ، وقوله فى الحاوى : فإن عَفَا واحد أخذ الآخر الكل ، كالحاضر ثم شاطره الثانى وأخذ الثلث لا فيما حصل له من فوائده ، وعهده عليه ثم قاسمهما الثالث ، فيه أمران ، اعترض بهما القُونَوِى :

أحدهما تقديم قوله : لا فيما حصل له من فوائده ، كان ينبغى أن يؤخره بعد قوله وقاسمهما ؛ لأن تقديمه يوهم اختصاص الثانى بذلك .

الثانى قوله : أنه لو حضر الثالث ، وأراد أن يأخذ من الأول نصف ما فى يده ويعرض للثانى فله ذلك ، قال : وهذا قد لا يظهر بتأول قول المصنف ثم قاسمهما الثالث .

وقوله : (والعهد على المأخوذ منه)

أى : والعهد فيما يأخذه كل واحد على من أخذ منه فإذا خرج مستحقاً رجع الأول على المشتري والثانى على الأول لِيَسْتَرِدَّ مِنْهُ ما أعطاه ، والثالث عليهما أو على الأول بحسب ما أخذه .

وقوله : (وملكه وأن تهدم بنحو تملك ، أخذت بالشفعة ، إن رضى ذمته ، ولا ربا ، أو قضى له ، أو سلّم كالثمن أو قيمة متقوم ، يَوْمَ عَقْدٍ ، كبضع ودم ، ومتعة ونَجْمٌ) .

أى : ويملك الشفيع الشقص المشفوع فيه باللفظ ، كتملكت بالشفعة وأخذت ، واخترت الأخذ بالشفعة ونحوه ، لا بقوله : أنا مطالب بالشفعة ، ولا يكفي اللفظ وحده ، بل لابد من أحد ثلاثة أشياء :

أحدها : إما أن يرضى المشتري ذمة الشفيع ، ويمهله ، إلا إذا باع داراً عليها صفائح من ذهب أو فضة أو عكسه ، فإذا يشترط التقابض .

الثانى : قضاء القاضى له بالشفعة ، وذلك بأن ثبت عنده باستحقاقها ، ثم يشفع له بها ؛ لأن الشرع نزل الشفيع منزلة المشتري ، حتى كأن العقد له ، إلا أنه مخير بين الأخذ والترك ، فإذا طلب وتأكد طلبه بانقضاء وجب أن يحكم له بالملك .

الثالث : أن يسلم مثل الثمن نقداً أو غيره ، وتسلمه منه ويخلى بينه وبينه ، أو يلزمه القاضى تسليمه ، ولا يجب عليه تسليم الشقص إذا ملك بأحد الأمرين الأولين ، حتى يسلم إليه العوض ، سواء كان قد سَلَّم إليه المبيع قبل تسليم الثمن أو بعده ، فإن طالبه وعجز أمهل ثلاثاً ثم يفسخ ، ويتقوم البضع والمتعة والنجم والدم ، وخصت بالذكر للتنبيه عليها ، فإن أصدق زوجته شقصاً من دار اختلعتها بالشقص فعلى الشفيع أن يسلم قيمة البضع للزوجة أو الزوج ، وهو مهر مثلها يوم النكاح أو البيونة ، ولو متّعها شقصاً وجب على الشفيع متعة مثلها ، ولو بدل المكاتب عوض نجمه

أخذ الشفيع بمثل النجم إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان متقوماً ،
وإن كان صالحاً من الدم عن شقص وجب قيمة الدم ، وهو الدية ،
وإن جعل الشقص رأس مال في السلم ، أو أجره في إجارة ، سلم
الشفيع مثل المسلم فيه ، أو مثل أجره المنفعة ، ثم إذا تهدم المشفوع
فيه أخذ النقص معه بالشفعة على الأصح ، فإذا شفع والعرصة
سالمة ، أو أجزاء البناء سالمة ، وإن تفرقت بهدم ، فإنه يتملك
الجميع بكل الثمن أو يترك .

وقوله : (أَوْ حِصَّتُهُ بِلَا خِيَارٍ إِنْ بَاعَ مَعَ غَيْرِهِ ، أَوْ تَلَفَ
جُزْءٌ يُضَرِّرُهُ) .

أى : ويملك الشقص بتسليم مثل ثمنه ، أو حصته ، إن بيع
الشقص مع سواه ، سواء كان ذلك الغير عقاراً أو غيره من المنقولات
كسيفٍ ونحوه ، ولو اشترى فيه شقصاً فيه شفعة مع سيف
أو دار لا شفعة فيها ، فله أن يشفع الشقص بحصته من الثمن ؛
فلا خيار للمشتري في تبعض منفعته ؛ لأنه دخل عالمياً بذلك ،
وكذلك لو تلف من الشقص جزء يفرد بتقويم كالسقف دون
البناء ، أو البناء دون العرصه ، أو بنى شيء من العرصه ، فإن له
أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن أيضاً ، وإذا حصل عيب
بلا هدم كشق الجدار فبكل الثمن قطعاً فله ثلاث حالات :

الأولى : أن يتهدم الشقص أو بعضه ، ولا يتلف شيء من الأجزاء ،
فيأخذ الكل بالكل على الأصح .

الثانى : أن يتلف شيء من الأجزاء فيأخذه بحصته على الأصح

الثالث : أن يتعيب بشق ونحوه من غير هدم ولا تلف فيأخذه بالكل قطعاً ، وقوله فى الحاوى :^(١) إن بيع مع . منقول ، قد يوهم تخصيص الحكم ببيعه مع المنقول دون العقار ، وهما سواء فقد نصوا على أن من باع نصيبه من سفل مشترك مع علوه الخالص ، أن الشفعة تختص بالمشترك على الأصح فيأخذ بالحصّة .

وقوله : (ولو سلم مُستحقاً ، أو زيفاً ، أبدل ، وأن تملك به حد) .

أى : وأشفع فى الشقص لمستحق أو زيف ، فإن قال أخذت بالشفعة فى هذه الدراهم ، أو تملك الشقص بها ، فإن جهل كونها مستحقة أو زيفاً ، والزيف النحاس ، فهو على شفעתه ، وكذا إن علم على الأصح ، وإذا قلنا : هو على شفעתه ، فهل تحتاج إلى تملك جديد ؟ فيه وجهان : أحدهما لا يحتاج ؛ لأن الشفعة لا تستحق بمال معين ، والأصح أنها تحتاج إليه ، فلو تملك مطلقاً ، ثم سلم المستحق أو الزيف ، أبدل ، ولم يحتج إلى تجديد التملك ، وقيل : حكم المسألتين واحد ، قال النووى : والفرق ، وقد أطلق فى الحاوى^(٢) أنه يبدل ، فالأصح أنه يحتاج إلى تجديد التملك إن تملكه بعينه .

وقوله : (وَيَلْحَقُ حَظُّ بَزْمَنِ خِيَارٍ أَوْ بَعِيبٍ) .

(١) ح « حصته إن باع مع منقول أو تعيب بما يفرد ولا خيار للتفريق » .

(٢) ح « وإن خرج مستحقاً أو زيفاً أبدل ولحقه حظ زمن الخيار بالعيب » .

أى : إذا اشترى الشقص بثمن ، ثم حطَّ له في مدة الخيار فهو بعد الحط كالمعقود له ، ولا يلزم الشفيع تسليم أكثر منه ، وكذلك إذا ظهر عيب بعد حدوث عيب وأخذ ، إن شاء حط من الثمن بقدره ، ولا أرش للحادث ، إن لم ينقص به العين وقد بيناه .

وقوله : (ولو شفعَ والثمن عرض ، فردَّ بعيبٍ فالشقص كتالف ، فعلى المشتري قيمته فقط ، وتفاوت القيمة لا رجوع به) .

أى : ولو شفع في شقص بيع بثوب مثلاً ، وقد بينا أن الشفعة تكون بقيمة هذا الثوب ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً ، لم تنقص الشفعة ، ووجب على المشتري قيمة الشقص ، ولم يكن له رجوع على الشفيع إن زادت قيمة الشقص على قيمة القرض ، ولا للشفيع رجوع عليه ، إن نقصت قيمة الشقص عن قيمة القرض على الأصح ؛ لأن الشفيع قد ملك بالعوض المبدول .

وقوله : (ونُقِضَ تصرفه ، أو شفع بثانى بيع) .

أى : [إن] بيع الشقص وتصرف المشتري صح تصرفه ، ثم إن علم الشفيع بعد ذلك فله نقض تصرف المشتري ليشفع عليه ، إن كان بيعاً ، وإن كان وقفاً أو هبة ونحوه فلا شفعة إلا بنقضه .

وقوله : (ومنع رده بخيار خصه وبعب ورجوع بائع بفلس وعيب وزوج بتشطيره) .

أى : ويمنع الشفيع المشتري من الرد بالخيار الذى ينفرد ؛ لأنه

حينئذ يكون المبيع على ملكه فى الأصح ، والشفيع يملك نقض ملكه بعد استقراره ، فقبّله أولى ، وإن كان لهما أو للبائع فالملك على الصحيح موقوف ، أو للبائع ، فلا يمكن أن يشفع عليه قبل انتقال الملك إليه ، وإذا وجد المشتري بالشقص عيباً ، وأراد رده فللشفيع منعه ، لأنّه قد استحق الشفعة فيه من حين ملكه المشتري ، بل للشفيع أخذه بعد الرد بالعيب ؛ لأن الرد بالعيب لا يرفع العقد من أصله على الصحيح ؛ وأيضاً فقد استدرك الظلامة بأخذ الثمن منه ، ووصل المشتري إلى حقه ؛ ففيه جمع بين الحقين ، ويمنع أيضاً البائع من الرجوع بفلس المشتري ، فإذا أفلس مشتري الشقص ، وأراد البائع الرجوع فيه فللشفيع منعه ؛ لأن حقه سابق ثابت بالعقد ، وحق الرجوع يثبت بالفلس ، وإن وجد البائع بالثمن عيباً ، فردّه وأراد الرجوع إلى الشقص لم يكن له ذلك ؛ لتقدم حق الشفيع وتعلقه به ، فهو كما لو باعه المشتري ، ولو أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول ، وأراد الرجوع إلى نصفه منع الشفيع ؛ لأن حق الشفعة يثبت بالعقد ، وحق الرجوع يثبت بالطلاق .

وقوله : (وسقطت بجهل ثمن ونفى دعوى علمه بلا تقدير وصدق مشتري في جهل شركة ، وثمن وفى قدره ، ونفى شراء) .

أى : وتسقط الشفعة بجهل الثمن ؛ إذ لا يمكن الأخذ بمجهول ، وإن ادعى الشفيع أن المشتري يعلمه لم تسمع هذه الدعوى ، فإن قدر ثمناً ، وادعى علمه به ، سمعت دعواه ، قال الأصحاب : والحيلة أن يعين الشفيع قدرأ ثم يدعى ، فإن وافقه المشتري فذاك ، وإلا حلفه .

على نفيه ، فإن حَلَفَ أعاد ثانياً ، وهكذا يفعل إلى أن ينكر المشتري ، فيستدل الشفيع بنكوله فيحلف ؛ لأن اليمين قد يُسند إلى علمه الظن والتخمين ؛ بدليل جواز الحلف على خطِّ أبيه ، وإن ادعى الشفيع استحقاق الشفعة عليه ، فادعى الجهل لكونه شريكاً فالقول قوله ، ويحلف بالله ما علمتك شريكاً ، وكذلك إذا ادعى علمه بالثمن وقدره كما بيناه ، فأجابه بأنه لا يعلم قُبَل منه وحلف ، بخلاف ما إذا ادعى عليه ألفاً فقال : لا أعلم كم على ، فإن هذا الجواب لا يقبل ، والفرق أن المدعى ها هنا هو الشقص لا الثمن المجهول ، وإذا قال المشتري : اشتريت بكذا ، ولم يشتر فالقول قوله مع يمينه ، وقوله في الحاوى^(١) : والقول للمشتري في الشركة والشراء ، وقدر الثمن ، وجهله ، فهو على الوضع المعروف لا يخفى ما في توجيهه ، وقوله : إن قدر من التعسف ، ولا ما في قوله : وسقط من الغموض .

وقوله : (فإن أقرَّ البائع أخذَ منه وأعطاه ، لا إن قال قبضتُ)

أى : فإن أنكر المشتري الشراء ، وأقرَّ البائع أنه باع منه أخذ الشقص منه ، وسلم إليه الثمن ، وكانت عهده على البائع ، فإن قال : قبضت الثمن ، لم يسلم إليه ، بل يبقى عنده كما فيمن أقر بمن كذبه .

وقوله : (وبخبرِ ثقة^(٢) بادر بالطلب^(٣) كالعادة أو نائبه بعد

(١) وفي ح « والقول للمشتري في الشركة والشراء ، وقدر الثمن وجهله إن قدر ، وتسقط ، ولا تسع دعوى العلم ، وإن أقر البائع بالبيع سلم إليه » .

(٢) أى مقبول رواية ، ولو عبداً أو امرأة ، أى بسبب إخباره الشفيع ، أن شريكه باع / ف .

(٣) أى لزوماً بأن يقول أنا أطلب بها أو نحوه ، وتعتبر المبادرة بعد العلم / ف .

أَكَلَ وَصَلَاةَ حَضَرٍ ، ثُمَّ أَشْهَدَ وَعَذَرَ إِنْ سَلِمَ ، وَدَعَا بِبِرْكَةِ وَبَحْثٍ
عَنْ ثَمَنِ ، لَا فِي اشْتَرَيْتَ رَخِيصاً) .

ويجب على الشفيع المبادرة على الطلب إذا علم ؛ لقوله ^(١) صلى الله عليه وسلم : « الشفعة كحل العقال » ، ويكفيه أن يخبره ثقة ، ومن تقبل روايته ، من حر وعبد وامرأة ، فإن أخبره ثقة لم يصدق لم يُعذر ، بخلاف ما إذا أخبره فاسق ، لكنه إذا صدق الفاسق ، وتوانى ، سقطت شفيعته ، واعلم أن الأعذار على ضربين : ما يطول كالمرض والخوف والحبس ، ففي هذه الأحوال يوكل من يطلب إن وجد ، فإن لم يفعل بطلت الشفعة في الباطن ، ولو كان غائباً فعلم بادر بالخروج هو أو وكيله ، ولا يؤخر إلا لخوف أو حر أو برد مفرطين ، والضرب الثاني : ما يزول سريعاً بأن كان مشغولاً بصلاة أو طعام أو قضاء حاجة أو في حمام ، فله الإتمام ، ولا يكلف قطع ذلك ، وإن كانت الصلاة نفلاً ، بل لو دخل وقت النفل والأكل وقضاء الحاجة ، فله أن يشتغل بها ، فإذا فرغ طالب بالشفعة ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة ، والاقتصار على ما يجزئ ، فإذا لقي المشتري فلا يلزمه أن يكون نطقه أول ما يلقاه بالشفعة ، بل لو قال : السلام عليكم ، وبحث عن الثمن لم يضر ، وكذلك لو دعا له بالبركة ، فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك ؛ لأنه قد يدعو له ؛ ليأخذه بصفقة

(١) روى هذا الحديث ابن حزم عن ابن عمر أيضاً بلفظ « الشفعة كحل العقال » ، فإن قيدها مكانه ثبت حقه ، وإلا فالوم عليه . وذكره عبد الحق في الأحكام عنه ، ورواه ابن ماجة والبخاري من حديث ابن عمر بلفظ « الشفعة كحل العقال » ص ٦١ = ٣ بلوغ المرام ، ومعنى ذلك أنها تقوت عند عدم المبادرة بطلبها كما يفوت البعير الشرود إذا أحل عقاله ولم يبتدر إليه / م .

مباركة ، ولو [كان] بحثه عن الثمن بعدما علم به فلا بأس ؛ لأنه قد يريد أن يقر عنده ؛ حتى لا ينازعه ، ولو أتى بفضول لا حاجة إليه كقوله : اشتريت رخيصةً ، ونحوه ، لم يكن له أن يشفع بعد ذلك ، وإذا عجز عن المبادرة إلى الطلب بنفسه أو وكيله أشهد على الشفعة ، وتلفظ بالتملك ، ولو رفع إلى الحاكم الأمر ، وترك مطالبة المشتري مع حضوره ، جاز ، كما في الربا بالعيب ، ولا يكفيه الإشهاد مع القدرة عليها .

وقوله : (وسقطت بترك مقدور كتوكيل ، ولو بأجر ، لا لغيبة شريك وتأجيل ، وكذب بزيادة ، ونوع ومشتري وقدر مبيع ، لغرض ، وبإزالة ملكه ، لا بغرض إن جهل) .

أى : وتسقط شفيعته إذا ترك ما يقدر عليه من المبادرة بنفسه ، أو بوكيله ، أو الرفع إلى الحاكم ، ثم الإشهاد عند العجز ؛ لأن السكوت مشعر بالرضى ، ولو وجد وكيلًا بأجرة المثل ، وبتحمل منه ، ولم يوكله ، فمقصر ، فإن آخر لغيبة شريك في الشفعة فمعذور في الأصح ؛ لأنه إذا أخذ الجميع متعرض لأنه يأخذ منه بعضه ، وكذلك إذا كان الثمن مؤجلاً كان له التأخير ؛ لأنه ليس له أن يأخذ بألف مؤجل لاختلاف الذمم ، فقد لا يرضى ذمته ، ولا عليه أن يأخذ بألف حال ؛ لما فيه من الإجحاف ، فإن رضى وعجل فله الأخذ ، ويعذر في التأخير إن كذب عليه المخبر فزاد في الثمن ، فقال : اشتراه بألفين ، وكان الشراء بألف ، أو حبس الثمن أو نوعه ، كأن قال : اشتراه بدنانيير ،

والشراء بدراهم ، أو بقاسانية^(١) ، والشراء بسابورية^(٢) ؛ لأنه قد يعجز عن أحدهما ، ويقدر على تحصيل الآخر ، وكذا في قدر المبيع ، بأن قال : باع كله ، والمبيع نصفه أو عكسه ؛ لأنه قد يعجز عن ثمن الكل دون البعض ، أو يرغب في الكل دون البعض ، وليس الكذب عذراً على الإطلاق ، بل يكون عذراً حيث يكون له في القدر المكذوب فيه غرض ، أما إذا قال : باع كله بألف ، فبان أنه باع نصفه بألف ، أو اشترى بألف ، فبان أنه اشترى بألفين لم يكن عذراً ؛ لأنه إذا لم يرغب في كله بألف ، فلأن يرغب في نصفه بألف أولى ، وكذا إذا كذب عليه بالمشتري بأن قال : اشتراه زيد فبان عمراً ، أو بان ولد زيد أو وكيله ؛ لأنه قد يرغب في مشاركة شخص دون شخص ، وتسقط الشفعة بإزالة ملك الشفيع ، فبان باع الشريك فباع شريكه ملكه ، أو وهبه عالماً بالشفعة بطلت شفעתه ، وكذا إذا كان جاهلاً على الأصح ، وإن باع أو وهب بعض ملكه ، نظرت ، فإن كان عالماً ببيع شريكه بطلت شفעתه ، وإن كان جاهلاً فلا ، على الأصح ، وقوله في الحاوي^(٣) : أو كذب في جنسه إلى قوله أو بعضه ، ولو كان جاهلاً بطل فيه أمور :

أحدها : اقتصاره على الجنس في قوله أو كذب في جنسه ، مقتضاه

(١) عملة تنسب إلى قاسان بالسين المهملة وآخره نون وأهلها يقولون ساسان ، كانت عامرة أهلة كثيرة الخيرات واسعة الساجات في حدود بلاد الترك خربت الآن / م .

(٢) عملة تنسب إلى سابور ، كورة من كور فارس ومدينتها شهرستان كاللهم العربي والإسلامي يتعامل بها الناس / م .

(٣) وفي ح « أو كذب في جنسه أو زاد وفي قدر المبيع أو في المشتري بالعادة بنفسه أو نائبه وإن أتم النقل والأكل واشتغل بهما وقتها وسلم ودعا بالبركة وبحث عن الثمن لا إن قال اشتريت رخيصاً ثم أشهد وإن ترك المعلوم توكلها فيه مؤنة أو ثقل منه ، أو باع ملكه أو وهب أو بعضه ولو كان جاهلاً بطل » .

أن الكذب في النوع لا يؤثر ، وحكهما واحد ، كما في العزيز والروضة ، ولو قال : في نوعه لدخل الجنس بطريق الأولى .

الثاني : قوله : أنه لو أخره ، بأنه اشتراه كله بألف فبان أنه اشترى بعضه بالألف أنه لا يعد عذراً ، لأنه لا غرض لمن كره شراء كل شيء بألف في شراء بعضه بالألف .

الثالث : قوله : لا توكيلا فيه مؤنة أو ثقل منه ، وهنا وجه ، والأصح في الروضة والعزيز أنها تبطل بتركه ، فإن وجد وكيلا بأجرة المثل يتحمل عنه وآخر الطلب عنه بطلت شفعته .

الرابع : قوله : أو بعضه ، الأصح من زوائد الروضة أنه إذا أزال ملكه جاهلا لا يسقط ؛ لبقاء العلقية .

وقوله : (ولا إن صالح عنها أو قاسم بجهل^(١)) ، وبقي له زرعه بالأجر ، أو كعارية بناؤه) .

أى : ولا إن صالح عن الشفعة على مال جاهلا ؛ فإن الشفعة لا تبطل على الأصح ، فمن صالح جاهلا عن الرد بالعيب على شيء ، فإنه لا يصح ، ولا يبطل الرد على الأصح ، وإذا علم باستحقاق الشفعة بعد أن قاسم بقية الشفعة مع صحة القسمة نص عليه الشافعي ، واعترض المزني ، وقال : القسمة تتضمن الرضا من الشفيع ، وإذا

(١) أى مع جهل الشفيع حال المقاسمة ، بأن له الشفعة لمذره ، والقسمة صحيحة ، ويتصور ثبوتها بعدها مع تضمنها غالباً رضى الشفيع ، بملك المشتري ، بأن ظهر أنه هبة ، مثلاً ، أو بشئ كثير ، ثم ظهر أنه بيع ، أو بشئ قليل / ف .

رضى بتملك المشتري بطلت شفעתه ، فكيف يتصور صحة القسمة مع بقاء الشفعة ؟ وأيضاً فالشركة تقطع القسمة ، فكيف يشفع ؟ وقُدراً جارَيْن ؟ فأجاب الأصحاب عن الأول بأجوبة :

منها : أن يقول المخبر تهب أو أشتري بألف فيعفو أو يقاسم ، ثم يتبين أن العقد معاوضة ، أو الشراء بدون الألف ، فإن له أن يشفع .

الثانى : أن يظنه وكيل البائع ، فيقاسمه .

الثالث : أن يوكل فى غيبته من يقاسمه شركاؤه ، فيقاسم الوكيل فى غيبته .

الرابع : أن يوكل من يأخذ له الأَشْقاص^(١) التى فيها الغبطة ، ويقاسم حيث لا غبطة ، فبان أنه قاسم و ثم غبطة ، وفى هذه المسائل تصح القسمة ، ويستحق الشفعة بعدها .

والجواب عن الثانى : وهو صحة الشفعة بعد القسمة ، أن القسمة إنما تمنع الشفعة ، إذا كانت قبل البيع المستحق به الشفعة ، أما إذا استحق الشفعة قبل القسمة فلا تبطلها القسمة الطارئة مع الجهل ، وليست كبيع الشقص ، والفرق أن الجوار نوع اتصال ؛ ولهذا اختلف فى الشفعة ، ثم إذا وجد بالشفعة بعد القسمة ، وقد زرع المشتري زرعاً بقى له الشفيع إلى الحصاد بلا أجرة ، لأن

(١) جمع شقص والشقص الطائفة من الشئ .

مدته قريبة بل تأخيرهُ الأخذ بالشفعة إلى حصاده ، ذكره في
الروضة ، أما بناؤه وغراسه ، إذا بنى بعد القسمة أو غرس ، فحكمه
حكم العارية ، وقد سبق بيانه ، وإنما قدرناه بعد القسمة ، لا زرعه
وبناؤه قبلها ، بلا إذن وغصب يقلع .

القراض

وقوله : (باب : القراض^(١)) توكيل بإيجاب ، كقارضت ،
ضاربت ، عاملت ، وقبول في خالص نقد معلوم القدر ، عيّن
ثم في تجارة ، بيد العامل ، وبطل بتوقيت غير اشتراء .

أى : القرض توكيل من رب المال ، وتوكل من العامل في شيء
خالص ، وهو التجارة ، فيشترط في المالك أهلية التوكيل ، وفي العامل
أهلية التوكل فيقارض الولي للطفل ، كما يوكل له .

وللقراض أركان : منها : الصيغة كسائر العقود ، وإذا قال قارضتك ، أو
عاملتك ، أو ضاربتك على أن الربح بيننا نصفان ، كان ذلك إيجاباً
صحيحاً ، ويشترط القبول فوراً ، كسائر العقود ، ولا يكفي اللفظ من جانب

(١) القراض مشتق من القرض وهو القطع ، وسمى بذلك لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة
من الربح ، ويسمى أيضاً مضارباً بمقارضة ، وشرعا : عقد يتضمن دفع المال الآتي لآخر ليتجرفيه والربح بينهما ،
وابتداءه يشبه الوكالة بالجل ، وانتهاءه يشبه الجمالة ، بناء على الأصح أنه يملك حصته بالقسمة والمغلب فيه الشبه
الأول / ف . والأصل فيه الإجماع والحاجة ، واحتج له الماوردي بقوله تعالى « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم »
آية ١٩٨ من سورة البقرة ، وبأنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضي الله تعالى عنها بما لها إلى الشام ، وأنقذت
معه عبداً ميسرة ، وأركاناً ستة : مالك ، وعمل ، وعامل ، وربح ، وصيغة ، ومال ، وكلها مذكورة في كلام المؤلف
بشروط كل ، ومحتز كل شرط منها ، م .

كما في الوكالة ؛ لأن القراض معاوضة ولا يصح إلا في نقد^(١) ، وهذا من جملة أركانه ، والنقد هو المضروب من الذهب والفضة ، ولا يصح في التبر منهما ، ولا في الفلوس ؛ لأن القراض غرر ، وإنما جوز للحاجة ، فاختص بما يروج بكل حال ، ويسهل التجارة به ، ويشترط أن يكون خالصاً ، فلا يصح على المغشوش كذلك ، وأن يكون معلوم القدر ، فلو قارضه على صبرة مجهولة لم يصح ؛ للحاجة إلى معرفة قدره عند القسمة ، ويشترط أن يعين في المجلس ، وإليه الإشارة بقوله : عَيْنٌ ثُمَّ ، وقيل : لابد من تعيينه في العقد ، فلو قارضه على أحد هذين الكيسين لم يصح ، ولا يصح ما في الذمة^(٢) ، بل لو قال له : اعزل قدر ديني عليك فعزله ، ثم قارضه عليه لم يصح ؛ لأنه لم يملكه ، ولو قارضه على دراهم وديعة عند غيره صح ، ولو أعطاه أرضاً لبيعها ويقارضه على ثمنها لم يصح ؛ للجهالة والتعليق والقراض لا يكون إلا في التجارة ، وهي أحد أركانه ، فلو قارضه على أن يشتري بدراهم حنطة ويطحنها ويخبزها ويبيعها لم يصح ؛ لأن القراض إنما هو فيما لا يمكن الاستئجار عليه ، وهذا ينضبط ، فطريقه فيها الاستئجار ، وكذا لو قارضه على أن يشتري للعامل بالدراهم نخلا ليستغله والربح بينهما لم يصح ؛ لأن هذه فوائد غير ماله ، وليست خالصة بتصرف العامل ، ويشترط أن تكون التجارة بيد العامل ، فإن شرط أن تكون في يد المالك ، أو في يد أمين ، وهو يتصرف عند الحاجة لم يعجز

(١) شروط المال في القراض وهو الركن السادس / م .

(٢) أى من شروط القراض أن يكون عيناً فلا يصح في الدين كما قال الشارح ولا يصح على ما في الذمة بل لو . . الخ وعلل ذلك بقوله بعد لأنه لم يملكه / م .

لأنه قد لا يجده عند الحاجة ، فيؤدى إلى التضيق عليه ولا يجوز تقدير مدة القراض ، بخلاف المساقاة ، والفرق أن المقصود من المساقاة الثمرة ، ووقتها^(١) معلوم ، يضبط بالمدة ، والمقصود من القراض الربح ، ووقته مجهول ، فلو قال قارضتك إلى سنة ولا تتصرف بعدها لم يصح القراض ؛ لأنه قد لا يجد فى هذه المدة راجباً فيتعذر الربح ، فإن قال : ولا تشتري بعدها جاز ؛ لأن المالك متمكن من منعه الشراء فى كل حال ، وإن قال : لا تبع بعدها فسد العقد ؛ لأنه قد يكون عنده عروض بعد انقضاء السنة ، وقضية القراض أن ينضض^(٢) العامل ما فى يده ، فالمنع من البيع بعدها مخالف لمقتضى العقد ، ولا يصح تعليق القراض ، وسكت عن ذكره ، استغناء بما ذكر فى الوكالة ، لأن القراض توكيل ، وقوله فى الحاوى : فى خالص نقد مضروب معين فيه أمران :

أحدهما قوله : نقد مضروب ، هذا القيد لا حاجة إليه ؛ لأن النقد لا يطلق إلا على المضروب قال فى العزيز ، والروضة : الأول أن يكون نقداً ، وهو الدراهم والدنانير المضروبة ، ففسره بأنه المضروب كما ترى .

الثانى : معين ، ظاهره اشتراط التعيين فى العقد ، وهو ما قاله

(١) يريد أن القرض لا يصح تقديره بمدة لأن المقصود به الربح وقد لا يحصل فى المدة المضروبة بخلاف المساقاة فيجوز فيها التقدير بالمدة لأن مقصود المساقاة الثمرة والثمرة ، لها وقت معين ومدة معينة تنضج فيها لذاصح تقديرها بالمدة ، م / .
(٢) النضوض رجوع مال القراض إلى دراهم ودنانير وعودته إلى العملة التى أقرضها للعامل / م .

صاحب التهذيب ، والذي رجحه الرَّافعي في الشرح الصغير ، ونقله في العزيز والروضة عن الإمام القاضي أنه يجزئ التعيين في المجلس ، كما في السلم والصرف .

وقوله : (وفي نَادِرٍ ، وَحِرْفَةٍ ومع شخصٍ مُعَيَّنٍ ، وَبَعْمَلِ مالِكٍ لا عبده تبعاً) .

أى : ويبطل القراض بتوقيت ، وفي شيء معين يندر وجوده كالخيل البلق ؛ والخَزَّ الأدكن ، والياقوت الأحمر ، والصيد حيث يَعِزُّ وجوده ؛ لأنَّ الشرط أن لا يضيق على العامل ، فلو : قال لا تَشْتَرُ إلا هذه السلعة لم يجز ؛ لأنَّه يندر بقاؤها ، ففيه تضيق عليه ، أو لا تشتتر هذه السلعة لم يضر ، وإن عين ما لا يندر مما يوجد شتاء وصيفاً كالحبوب والحيوان ، والخز والقز صح ، وكذلك إن كان مما لا يدوم ، كالفواكه الرطبة ، وإن كان في القراض معنى التوقيت ؛ لإمكان التجارة فيها ، ما دامت موجودة ، وإذا انقطعت ولم يبق في البلد منها شيء . ولا يصح في حرفة ، كقارضتك بهذه الدنانير لتشتري به قطناً فتغزله ، أو غزلاً فتنسجه ، وكذلك إذا عين له شخصاً ، وقال له : لا تعامل سواه فإن هذا تضيق عظيم ، سواء كان المطلوب لا ينقطع عنه أو لا ، فإذا أذن له في التجارة في البَزِّ تصرف في كل ما يلبس من الإبريسم والقطن والكتان والصوف دون البسط ، وكذا الأكسية على ما صححه النووى وإن كانت ملبوسة ، لأن بائعها لا يسمى بزازاً ، ولو شرط أن يعمل له المالك لم يصح ؛ لأن ذلك

يُمنع استقلال العامل ، ولو شرط معه عبد المالك جاز ؛ لأنَّ العبد مال يدخل تحت اليد ، فإذا دفعه إليه فقد جعله معيناً وخادماً للعامل ، إلا إن صرح بالحجر عليه من التصرف دونه فإنه يفسد .

وقوله : (على أن الربح بينهما مقدر بجزء ، كثمره بمساقاة ، فإن شرط للعامل النصف وسكت جاز لا عكسه) .

أى : وشرط أن يكون ربح المال للمالك والعامل ، لا لغيرهما ، فإن شرط جزءاً منه لثالث بلا عمل لم يصح ، ويشترط أن يكون الربح بينهما مقدراً ، وأن يكون التقدير جزئياً ، فلو قال : : على أن ذلك بينهما أو نصيباً لم يجز . لعدم التقدير . أو على أن لك مائة ؛ لعدم تقدير الجزء كما في ثمر المساقاة ، وإنما شرط التقدير بالجزئية ؛ لأنَّ المعين قد يأتى على أن الربح كله ، ولو قال : على أن الربح بينهما صح ، وحمل على النصف ، ولو قال المالك للعامل : على أن لك النصف وسكت صح ، أو على أن لى النصف فسد ، والفرق أن الربح تابع للمال ، فإذا قال : على أن لك النصف ، علم أنه قد أخرج من ربح ماله النصف للعامل ، وبقي النصف له بحكم الأصل ، وإن قال : على أن لى النصف فليس في كلامه ما يدل على أنه جعل للعامل شيئاً .

وقوله : (وله في فاسدٍ أجرٌ مثل ، لا إن شرطَ كله للمالك) .

أى : وإذا فسد القراض لاختلال شرط لم يبطل التصرف ، بل يصح للإذن ، فإذا تصرف وربح فالربح كله للمالك ؛ لأنه ربح ماله ، ويستحق العامل أجره المثل فيما عمل ، ويأخذها سواء حصل ربح أم لا ، نعم إن شرط الربح كله للمالك لم يستحق شيئاً ؛ لأنه عمل غير طامع بشيء في عمله ، واعلم أن الأصحاب ذكروا في التوكيل أنه وإن صح تصرفه فلا يجوز له الإقدام على التصرف إذا كان العقد فاسداً ، وخالفهم ابن الصباغ ، وعبارة ^(١) الحاوى هنا توافقه .

وقوله : « وهو كوكيله » ، لكن يأخذ بالعرض ^(٢) والمعيب ، ولا يشتري بعضه وزوجه كالمأذون وباشتراط .

أى : العامل كالوكيل فى أنه لا يبيع بغبن ولا نسيئة ، ولا يشتري بغبن ، فإذا أذن له المالك فى بيع نسيئة أشهد ، وإلا ضمن ، وإن باع حالاً حبس المبيع ، فإن أذن له بالتسليم لم يلزمه الإشهاد ؛ لأن الحال لا يُعتاد الإشهاد عليه ، لكن العامل يفارق الوكيل بأن يبيع بالعرض ويشتري المعيب ، ولا يجوز ذلك للوكيل ، ويشتري المعيب حيث غبطة ؛ لأن الغرض الربح ، بخلاف الوكيل ، ولا يجوز شراء من يعتق على المالك كآبيه ، ولا شراء زوجته إن كان رجلاً ، ولا زوجها إن كانت امرأة على الأصح ؛ لأنه يفسخ به النكاح ،

(١) وفى ح « وإن فسد تصرف بأجر المثل إن لم يشرط الكل للمالك ، وهو كالوكيل لا فى البيع بالعرض وشراء ابنه وزوجه » .

(٢) يقصد عروض التجارة .

والغرض من القراض الاسترباح ، إلا ما فيه ضرر ، ويجوز للوكيل أن يشتري من يعتق عليه ؛ لأنه أذن له في شراء بصفات ، وقد اشتراه فما أمره ، فلما أذن له بالتجارة كالعامل ، سواء قال له : اتَّجِرْ ، أو اشتر ؛ لأن تصرفه للربح ، إلا أن للعامل أن يرد المبيع . وإن لم يرض المالك رده بخلاف المأذون والوكيل ، والفرق أن له تعلقا بالربح ، وقوله في الحاوى :^(١) وهو كالوكيل إلى قوله : اتَّجِرْ ، لا اشتر ، فيه أمران :

أحدهما : أنه علق القول بأنه كالوكيل ، الا فيما استثناه ، ولو لم يستثن اشتراء المبيع اقتضى أنه لا يجوز ، وهو جائز إذا اشتراه بقدر قيمته ، ورأى فيه مصلحة .

الثاني : أن التفريق بين اتَّجِرْ واشترِ شيء رواه الإمام على قول ، والذي في العزيز والروضة أنه لا فرق عند الجمهور بين قوله : اشتر وبين قوله : اتَّجِرْ ؛ لأنَّ الأصحاب نقلوا قولين في اشتراء عبد المأذون لمن يعتق على سيده ، وأظهرهما البطلان ، وقال الإمام إن قال : اتَّجِرْ بطل ، وإن قال : اشترِ فعلى القولين ، والأظهر فيهما البطلان ، وهو مخالف للمأذون له على الطريقين جميعا .

وقوله : (وإن أذن له فقارض ولم ينسَخ ، أوليشاركه فسد ، وبلا إذن ، كغاصب له رِبْحٌ ما عَقَدَ بِذِمَّتِهِ ولعامله أَجْرُهُ)

(١) وفي ح « وهو كالوكيل لا في البيع بالعرض وشراء ابنه وزوجته كالمبد قال اتجر لا اشتر » .

أى : وإذا أقرض العامل غيره فلا يخلو أن يفعل ذلك بإذن أو بلا إذن ، فإن فعله بإذن نظرت ، فإن انسلخ^(١) من العين وصير نفسه وكيلا للمالك في معاملة الثانى صح ، وكان الربح بين المالك والعامل الثانى ، سواء اقتضى إذن المالك انسلخه أم أطلق ، فإن قارضه على أن يكون ما شرط له بينهما فسد ، وإن أذن له المالك أن يقارض كذلك ، وهو المراد بقوله : أو ليشاركه فسد قراضه - وإن لم يقارض على الأصح - لأن شرط هذه المعاملة أن تكون من مالك لا عمل له وعامل لا ملك له وهذا يريد أن يكون عاملا لا عمل له ، ولم يجز للعامل عن المالك أجره المثل في هذه الصورة ، والربح له ، ولا شيء للعامل الأول ، وإن قارضه بلا إذن فهو كالغاصب ، فإن تصرف العامل الثانى فبيعه بعين المال وشراؤه به باطل ، وإن كان شراؤه في الذمة وبيعه سلما ، فهل يكون العوض ملكا للعامل الثانى لأنه غاصب اشترى في ذمته؟ أم يقع للعامل الأول ، لأنه عقد له بإذنه؟ وجهان : أصحهما أنه للعامل الأول ، وللثانى عليه أجره المثل ، وجعل في الحاوى^(٢) الحكم في المسألتين واحدا ، وهو وهم ؛ فإن المعروف أنه إذا أذن له فقارضه ، وشرط لنفسه جزءا ولم ينسلخ أن العقد يفسد ، وللعامل أجره المثل على المالك ، والربح كله للمالك .

وقوله : (وإن رضى أحدهما بمعيب فالأصلح) .

(١) أى خرج العامل الأول من بين المالك والعامل الثانى وأصبح وكيلا للمالك يضمن إذن المالك ذلك أم لا / م .

(٢) وفى ح « وإن قارض بالإذن وانسلخ جاز وليكون شريكا له بمقدار ما شرط أو دون إذن فسد والربح له

كالغاصب والثانى فى الأجر عليه » .

أى : إذا اشترى العامل للقراض معيباً ، ثم علم وأراد رده ، وأراد المالك إمضاء العقد أو عكسه ، روعيت المصلحة ، فإذا كانت فى ردّه أُجيب طلبه ، وإلا أُجيب الآخر ؛ لأن العامل صاحب حق فى المال ، بخلاف الوكيل .

وقوله : (وإن سافر أو ركب بحراً بلا إذن ضمينه وثمنه وإن عاد ، وصح بيعه بقيمته لا دون بلده وله ما شرط) .

أى : ولا يجوز له أن يسافر بمال القراض ، إلا بإذن ، فإن سافر أو ركب بحراً بلا إذن ضمنه وضمن ثمنه ، بخلاف الوكيل يتعدى فى السلعة بلبس أو عارية ، ثم يبيعها ، فإن الثمن لا يكون مضموناً عليه ؛ لأن التعدى كان فى غيره ، وها هنا التعدى فى السفر ، وهو شامل للثمن والمثمن ، فلا يسقط الضمان بعود إلى البلد ؛ لأن العود لا يسقط به ما وجب بالسفر ، فإن باعه بقيمته فى البلد الذى يسافر إليه نظرت ، فإن كان أكثر من ثمن المثل ببلده أو مساويه له صح ، وإن كانت دونه لم يصح ، ويُعفى عما يتغابن الناس بمثله ، ولو باعهما بمثل قيمة بلده ، وهى دون قيمة البلد الذى يسافر إليه لم يصح ، وإذا صححنا بيعه فالقراض صحيح ، وله ما شرط له من الربح ؛ إذ الضمان لا ينافى صحة القراض ، كما لا ينافى صحة الوكالة ، وإن سافر بإذنه فله البيع بدون ثمن بلده ، إن كان له غرض فيه ، بأن كان لنقله مؤنة تزيد ، أو وجد مُشترٍ فيه غبطة ، وإن أذن له فى السفر مطلقاً لم يكن له أن يسافر فى البحر حتى يأذن فيه ، وقوله فى الحاوى :

وصح بيعه لا بدون ثمن البلد الأول لم يشترط الأمر مراعاة ثمن البلد الأول ، ولا بد من مراعاة قيمة بلد البيع مع ذلك ، فإن استويا صح ، وإلا فأكثر القيمتين .

وقوله : (وعلى العامل نفقته ، ونَشْرُ وطى ، وحمل خفيف أو أَجْرُهَا) .

أى : وعلى العامل نفقة نفسه سفرأ وحضرأ ، إذ قد لا يحصل إلا قدر النفقة فيخل بمقصود القراض ، وعليه ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه كنشر الثياب وطيبها وذرعها ، وإذراجها في مكان الحفظ ، وإخراجها وحمل ما خف من المال ووزنه ، كالمسك والفضة والذهب ، وعليه الأجرة إن استأجر ، كما عليه أن يتولاه بنفسه .

وقوله : (وعلى المال أجر حمل ثقيل ، وكيل ووزن لم يباشره^(١)) .

أى : وعلى المالك نقل مال القراض إذا أذن له في السفر به ، وكذلك أجر حمل الشيء الثقيل من البيت إلى السوق وعكسه ، وأجرة الكيال والوزان والحارس وما يأخذه الرصدى^(٢) ، فإن فعله^(٣) بنفسه فهو متبرع به ، ومزید اعتناء ؛ ليحصل الربح ولا يستحق به شيئاً .

(١) المالك أو العامل بنفسه أو رقيقه أو ابنه ، أما إذا باشر أحدهما مالا يلزم توليه ، فلا أجرة له لتبرعه / ف .

(٢) الرصدى هو الذى يقعد على الطريق ينتظر الناس ليأخذ شيئاً من أموالهم ظلماً وعدواناً ، م / .

(٣) أى إن فعل ماسبق مما يتحملة المال من حمل الثقيل من وإلى السوق وعكسه وكال بنفسه ووزن وحرس إلخ بنفسه فهو متبرع وليس له أخذ الأجرة على ذلك ويعتبر مزيد عناية لحصول ربح وغير ولا يستحق شيئاً مقابل ذلك كما قاله المشرح / م .

وقوله : (وملك بقسمة الربح ، لا رَيْعاً عَيْنِيّاً ، ويقر بفسخ معها ، أو نضوض ، أو بإتلاف مالك) .

أى : ويملك العامل حصته من الربح بالقسمة ، وتستقر بعد فسخ القراض ، لا قبله ، سواء كان عرضاً رضى المالك بقسمته أو نقداً ، ولو فسخ العقد والمال ماض ملك العامل حصته على الأصح ، وإن لم يقسم كما ذكره فى العزيز والروضة ، وفى قول يملك حصته بالظهور ، إلا أنه غير مستقر فلو طلب أحدهما القسمة قبل فسخ القراض لم يجبر الآخر ، فإن تراضيا فى القسمة والعقد باق لم يستقر ملكه بل هو على حاله وقاية لرأس المال ، ويستقر ملكه أيضاً بإتلاف المالك المال لِيُغَرِّمَ حِصَّةَ العامل ويكون الإتلاف بمثابة الاسترداد لو استرد الكل غرم حصة العامل وكذلك إذا تلف ، وإذا اشترى بالقراض نخيلاً فأثمرت ، أو بهيمة فولدت ، أو جارية فوطئت فالثمرة والولد والمهر يختص به المالك ؛ لأنها فوائد لم تحصل بالتجارة بل من عين المال ، وقال الإمام والغزالي : هذه الفوائد كلها مال تجارة ، وفصل المتولى : فقال : إن كان فى المال ربح وملك العامل حصته بالظهور ، فهى تجارة ، وإن لم يكن أو كان وقلنا يملك بالقسمة ، فمن الأصحاب من عدها من مال القراض ، وقال عامتهم : يفوز بها المالك . وقال الرافعى : ويشبه أن يكون هذا أولى ، وقوله فى الحاوى : ويملك الربح بالقسمة وإتلاف المالك فيه أمران :

أحدهما : مقتضاه يملك الربح مستقراً بالقسمة ، سواء فسخ

العقد أم لا ، وليس كذلك ، بل لو اقتسما الربح ، والقراض باق ، فهو وقاية ، كما كان حتى لو حصل نقص في رأس المال خير بما اقتسماه من الربح ، فلا يستقر في القسمة إلا بالفسخ .

الثاني : أنه اقتصر حصول الملك في الربح على القسمة ، ولو نُصّ المال ، ثم فسخ القراض ملك كل حقه ؛ للأمن من جعله وقاية .

وقوله : (ويورث بظهور) ، ويُجبر به نقص وتالف ، لا قبل تصرف) .

أى : وإذا قلنا : إن الربح لا يستقر إلا بالقسمة والفسخ فإنه بالظهور يورث ، حتى يملكه بموت العامل ، ويُجبر به ، على ما يطرأ على مال القراض من نقص بانخفاض السعر وكذلك بالتلف ، لكن بعد تصرف ، فإذا احترق بعض مال التجارة أو غرق وهناك ربح جبر به النقص ، ولو كان بعد القسمة ما لم يفسخ ، وإن كان التلف قبل التصرف لم يجبر على الأصح ، كما لو أعطاه ألفين للقراض فتلف قبل الشراء بهما فإنه يتلف من رأس المال ، ولا يلزمه جبره بما حصل من الربح ، وإن تلف بعد الشراء بهما وجب جبره بما حصل من الربح ، أما تلف المال كله بعد التصرف أو قبله ، فإن القراض يفسخ به ، وإن أتلّفه أجنبي أخذ البذل منه ، وبقي القراض بحاله ، وإن أتلّفه العامل قال الإمام : يفسخ القراض ؛ لأنه وإن وجب عليه بدله فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه ، وخينثذ يحتاج إلى استئناف

القراض ، قال الرافعي : ولك أن تقول ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب وأتلف فمن الخصم ؟ فيه وجهان : أحدهما أنه المالك فقط ، إن لم يكن في المال ربح ، وإن كان فيهما جميعاً ، والثاني : أن للعامل المخاصمة مطلقاً ؛ حفظاً للمال يشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعاً على أن العامل خصم ، والتقدير أن يقال ليس بخصم ، بل إذا خاصم المالك فأخذه عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، ولزمه مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف ، ونقل الأسنوي عن القاضي حسين الفرق بين إتلاف الأجنبي وإتلاف المالك والعامل أن لهما الفسخ فلذلك جعل اتلافهما فسخاً .

وقوله : (وإن فسخ وجب رد رأس المال إلى مثله ، وله البيع من راغب ، لا وثم ربح بدله المالك) .

أى : اعلم أننا قد بينا أن القراض توكيل ، وأنه قد يصير في الانتهاء فليكل منهما فسخه من غير إذن الآخر ؛ لأنه عقد جائز ، ثم إن كان المال ديناً فاستيفاءه بعد الفسخ على العامل ، سواء كان في المال ربح أم لا ؛ ليرده مثل ما أخذه ، وليس الدين كالعين ، وإن كان نقداً من نقد رأس المال أخذ المالك من رأس المال ، فإن فضل ربح اقتسماه كما شرط ، وإن كان المال مكسراً وقد قبض صاحبا ، بادل بها العامل إن وجد ، وإلا اشترى بها عرضاً وباعه ، وإن كان عرضاً أو نقداً بغير رأس المال فعليه رد قدر رأس المال جنسه ، فيبيعه لما فيه المصلحة من جنس رأس المال ، أو مشترك بينهما لا يتعين بنضيضه

على العامل أو المالك ، وإذا توقع العامل بعد فسخ القراض وقبل التراضي بأخذ مال القراض من يشتري العرض بأكثر من ثمن المثل - ولم يكن هناك ربح - فله البيع وإن كره المالك ، وإن كان هناك ربح ، وقال المالك تأخذ حقلك من العرض لم يكلف المالك البيع على الأصح ؛ إذ لا حاجة إليه ببيعه سواء كان فيه ربح أم لا وإنما حسن ذكره في العزيز والروضة .

وقوله : (ويكفى [وارثاً] ^(١) أقررتك ونحوه في نقد) .

أى : إذا مات المالك أو العامل انفسخ القراض ، وذلك معلوم بقوله : القراض توكيل ، فإذا مات أحدهما والمال نقد فللمالك أو وارثه إنشاء القراض مع العامل أو وارثه ، بأن يقول : أقررتك أو تركتك ، أو أبقيتُك على ما كنت عليه ، ويكتفى به على الأصح ، قال الرافعي والنوى : وهذان الوجهان على قولنا : إن القراض ونحوه ، لا ينعقد بالكتابة وأما إذا قلنا : ينعقد ينبغي أن يجرى التقرير قطعاً ، وإن كان المال عرضاً لم يجز التقرير ؛ لأن القراض الأول قد انفسخ ، وهذا قراض جديد ، فلا يجوز على العروض ، لكن على العامل تنضيضها ^(٢) للمالك ، ولا يحتاج إلى إذن الوارث في ذلك اعتماداً على الإذن السابق ، وكون التنضيض مأذوناً فيه شرعاً ، بخلاف ما إذا مات العامل فإن وارثه لا يبيع إلا بإذن ، ويجوز تقريره على النقد ، كما يجوز

(١) هذا اللفظ هامش (أ) وفي مكانه من (ب) .

(٢) إعادتها ورجوعها إلى دراهم أو دنانير أو نوع العملة التي يتعامل بها أهل هذه الجهة . وقت التعامل بها ، م .

إنشاء القراض معه ، وقوله في الحاوى : وإقرار الوارث بلفظه : الظاهر أن مراده أن يكون التقرير بلفظ الوارث لا سكوته ، وهذا خلاف ما شرحوه من أن المراد لفظ التقرير ، وليس كذلك ، إذ ليس لتخصيصه به معنى ؛ لأنه يجوز أن يعقد بدله بلفظ ضاربت وقارضت ، وسائر ألفاظ القراض قطعاً ، وذلك يجوز أن يقول أقررتك وتركتك على حالك ، ذكره في العزيز والروضة ، ولم يقولوا : إنه يختص بالتقرير ، بل قالوا : الخلاف إذا قلنا إن القراض لا ينعقد بالكتابة ، أما إذا قلنا ينعقد بها ، فينعقد قطعاً ، ولا شك أن اللفظ أبقيتك على حالك كتركتك على^(١) حالك ، ولعل الوهم حصل من قوله في العزيز والروضة : فإذا كان المال عرضاً ففي جواز تقريره وجهان : أحدهما أنه المنع ، ثم قال : والأشبه أنه يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا تسامح باستعمال الألفاظ التي ستعمل بالابتداء ، وليس هذا في شيء مما نحن فيه .

وقوله : (فإن قرر بمائة ربحها مائتان نصفين ، فتضاعف فلكل ثلاثمائة) .

أى : إذا أقر الوارث العامل على القراض في مال أصله مائة وربح فيه العامل مائتين والربح بينهما نصفين فللعامل من الربح مائة ؛ لما بيناه من أنه إذا انفسخ القراض والمال نقد ملك العامل حصته من الربح وإن لم تجر قسمة ، فإذا بلغ المال ستائه أخذ العامل

(١) أى لا فرق بين البارتين أبقيتك على حالك ، وتركتك على حالك .

مائة مال الحاصل وربحه وهو مائتان ، وبقي أربعمائة للوارث ، ورأس ماله وهو مائتان ، ونصف الربح وهو مائة ، وللعامل نصفه وهو مائة يضيفها إلى المائتين ، فيصير مع كل ثلاثمائة .

وقوله : (وقرت حصة العامل فيما رَدَّ ربحاً وخسراً ،^(١) الأصل مائة ، وربح عشرين ، فرد عشرين فسدسها^(٢) ربح ، ثم خسر عشرين ، فللعامل درهم ، وثلاثه ، وإن خسر عشرين فرد عشرين ، ثم ربح^(٣) عشرين ، فخمسة وسبعون رأس مال ، وخمسة ربح^(٤) لهما) .

أى : إذا اشترى المالك شيئاً من المال بعد الربح فالمردود ليس من رأس المال خاصة ، بل شائع أصلاً ، وربحاً ، فيقرر ملك العامل على ما يخصه مما استرد ، وإن استرد وقد حصل المال خسران

(١) فى الربح يستقر ملكه على ما يخصه ، فلا يسقط بما حصل من النقص بعد ، وفى الخسر يوزع على المسترد والباقي فلا يجب جبر حصة المسترد من الخسر لو ربح بعد ، وإذا أردت مثالا للربح ، فقل ، ف ، يشير بذلك إلى قول الإرشاد « الأصل مائة إلخ / م .

(٢) وهو ثلاثة وثلاث ، للعامل منه ، والشرط المناصفة ، درهم وثلثان ، يستقر ملكه عليه حتى لو رد العامل تلك العشرين ، ف / .

وقوله ثم خسر عشرين أى بعد الرد لانخفاض السوق فمادت المائة إلى ثمانين لم يسقط نصيب العامل وهو درهم وثلثان / ف ١ وهو حصته من الربح المسترد (أى الدرهم والثلثان حصة العامل من الربح) وللمالك منه ماعدا ذلك لتقرر نصيب العامل بالاسترداد ، فلا يجبر به نقص غير المسترد لتمييزها فكأنهما مالان ، واستشكل الأسنوى أخذه مما فى يده بما أجبت عنه فى الأصل ، فلم أن باقى المأخوذ ، وهو ستة عشر وثلثان ، من رأس المال ، فيعود إلى ثلاثة وثمانين وثلث ، هذا إن أخذ بغير رضى العامل ، أو برضاه وصرحا بالإشاعة أو أطلقا فإن قصد الأخذ من رأس المال اختص به ، أو من الربح ، فكذلك ، لكن يملك العامل مما فى يده قدر حصته على الإشاعة ، نبه على ذلك فى المطلب / ف .

(٣) أى فماد المال لستين فانحصر الخمس ، فصته خمسة ؛ لأنه موزع على المسترد ، والباقي فلا تجبر الخمسة بالربح لتقرر بالاسترداد ، وإنما يجبر به باقى الخسراً ، وهو خمسة عشر ، فيصير رأس المال بعد الخسر خمسة وسبعين والخمسة الزائدة فى الصورة الآتية ، تقسم بينهما ، فللمالك سبعة وسبعون ونصف ، فإذا رد العشرين ، ف .

(٤) لما تقرر أن حصة كل عشرين من الخسر خمسة ، وأن حصة المسترد لا تجبر بالربح ، ف .

كان الخسران موزعاً على المسترد والباقي ، ولا يلزمه جبر حصة المسترد ، ولو ربح عشرين فبلغ المال ثمانين ما لم يكن للمالك أخذ الكل ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، لأن حصة كل عشرين من الخسران خمسة ، فالخمس التي هي حصة العشرين المستردة لا تجبر ، وإنما يجبر خسران الباقي ، وهو السوق - بخمسة عشر ، ويبقى خمسة ، تقسم بينهما نصفين ، ويحصل للمالك من الثمانين الباقية سبعة وسبعون درهما ونصف درهم .

وقوله : (وصدق عامل في تلفٍ وردَّ وربح ، وخسر ، ونهى ونية شراء وقدر أصل) .

أى : إذا اختلفا فادعى العامل التلف صدق بيمينه ، كالمودع فإن ذكر سبب التلف ففيه التفصيل المذكور ، وكذلك إذا تنازعا في رد المال وفي الربح يدعيه المالك وينكره ، وفي قدر الربح ، ويقول المالك ربحْت ألفين والعامل ألفاً في الخسر يدعيه العامل ، وينكره المالك وفي النهى يقول المالك : نهيتك عن شراء كذا وينكره العامل فيما اشتراه ، وفيه ربح ، فادعى شراءه لنفسه ، وأنكر المالك فيما فيه خسر ، فقال : اشتريته للعامل وأنكر المالك المصدق في هذا كله العامل ؛ لأنه أمين ، وإن اختلفا في قدر الأصل ، فقال المالك : دفعت إليك ألفين ، وقال العامل ألفاً ، صدق العامل ؛ لأن الأصل عدم قبض الزائد .

وقوله : (فإن قارض رجلين ، وقال : الأصل ألفان ، والحاصل ألفان ، فصَدَّق واحد ، وقال الآخر : ألف فله رُبُعُه ، أو والحاصل ثلثه ، فلهُ خمسائة ، وللمصدق ثلثُها) .

أى : فإذا قلنا : إن القول قول العامل فى قدر الأصل فقارض المالك رجلين على أن يكون نصف الربح للمالك ، ونصفه لهما بالسوية ، ثم قال المالك : الأصل ألفان وصدق أحدهما ، وقال الآخر : بل ألف ، وأخذنا المقر بقوله ، وصدق المنكر بيمينه ، فلو قال : الحاصل ألفان ، فلا شيء للمقر ، وللمنكر ربع ربح ، وهو بزعمه ألفان ، وأما المقر فيأخذ مائة ، وستة وستين وثلثين . ، لأنه يقول : الأصل ألفان ، فيأخذهما المالك عن رأس المال ويبقى خمسائة ، للمقر ثلثها ، وثلثها للمالك ؛ لاتفاقهما على أن ما يأخذه المالك مثلا ، يأخذه كل من العاملين ، وما يأخذه المنكر من الزيادة كالتالف .

وقوله : (وتحالفا فى قدر المشروط ، وإن أقر بربح ، ثم قال كذبتُ ، أو غَلِطْتُ ، لم يقبل ، وبعده لو قال : خسرت وأمكن قبل) .

أى : وإن اختلفا فى قدر ما شرط له من الربح ، فقال المالك : شرطت الثلث ، وقال العامل : بل النصف ، تحالفا ؛ لأنهما اختلفا بعوض العقد اختلاف المتبايعين ، فإذا تحالفا فسخ العقد ، وصار الربح للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، وإذا أقر العامل بربح ، ثم قال :

غلطت في الحساب ، أو كذبتُ لثلاثين زرع المال من يدى لم يقبل ؛ لأنه أقرَّ به حق فلم يقبل رجوعه كسائر الأقارير ، وإن قال بعد ذلك كله : خسرت صدق ، قال في العزيز والروضة : قال المتولى : وذلك عند الاحتمال بأن حدث كساد فيقبل ، ولا يضر قوله أولاً كذبت ، وإن لم يَحتمل لم يقبل ، ولم يتعرض في الحاوى لهذا المنقول عن المتولى .

المساقاة

وقوله : (باب^(١)) إنما تصح المساقاة في نخل وعنب مغروس ، مُعَيَّن مرثي ، ولو أثمر لا بصلاح .

أى : لا تصح المساقاة ، إلا في النخل والعنب ، والمساقاة أن يعامل إنساناً على أن يتعهد نخله أو عنبه بالسقى والإصلاح ، وما يحدث من ثمرة يكون بينهما ، وسميت مساقاة ؛ لأن السقى أنفع أعمالها وأكثرها مؤنة ، لاسيما في الحجاز ؛ لأنهم يسقون من الآبار ،

(١) في المساقاة وما يتبعها وهى لغة مأخوذة من السقى - بفتح السين وسكون القاف - المحتاج إليه فيها غالباً ، وحقيقتها : أن يعامل غيره على نخل أو شجر عنب ليتعهد بالسقى والتربية ، على أن تكون الثمرة لها . والحاجة داعية إليها إذ المالك قد لا يتعهد ولا يحسن العمل ، والمتعهد ومن يحسنه لا يملك وتسليم الأجرة مشقة إذ قد لا تحصل ثمرة بل هى أولى بالجواز من عقد القراض ، لأن عوضها وهو الثمرة ، يمتد حصوله ، أكثر من عوضه ، وهو الربح ، ومن ثم فارتقت في لزومها ووجوب توقيتها ، وبهذين اشبهت الإجارة ، وملك الثمرة فيها بالظهور ، واعتبارها من الثلث إذا وقعت في المرض ، عما كثر من أجرة المثل ، وأن ما يتلف من الشجر لا يجبر بالثمرة ، وأن العمل فيها جسيمه على العامل وغير ذلك . وأركانها خمسة (١) العاقدان (٢) ومتعلق العمل (٣) والثمرة (٤) والعمل (٥) والصيغة ، الأول العاقدان وشرط فيها مباشر في موكل ووكيل ومقترض ومقترض والثاني متعلق العمل وهو الشجر والثمر ، ويشترط فيه أن يكون مغروساً معيناً مرثياً بيد عامل لم يبدِ صلاحه ، وهو الذى بدأ به المصنف فقال تصح في نخل وعنب إلخ / ف .

والأصل في جوازها معاملة^(١) النبي - صلى الله عليه وسلم - لأهل
 خيبر في النخل ، وقسنا العنب عليه دون سائر الشجر ؛ لاختصاصهما
 بالزكاة ، واحتياج صاحبهما إلى إعانة بما يرتفق من تسميرها به ،
 وللفقراء ، ولأن الخرص يتأتى في ثمرها بتدلى عناقيدها وسائر الشجر
 مستتر بالورق ويتعذر فيها الخرص ، ويتعذر بتعذر تضمين العامل
 الثمار ، والمالك ربما لا يثق بأمانته ؛ ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة
 من حيث إن الأجير لا يكاد يبذل جهده كما يبذله إذا كان شريكاً ،
 ويشترط أن يكون ما تساقاه عليه مغروساً ، فلا يجوز أن يساقيه ،
 على ودي يغرسه ؛ لأن الغرس ليس من أعمال المساقاة ، ولأنه غرر
 كثير ، إذ قد لا يثبت ، وإن ساقاه على ذلك فهي فاسدة يستحق فيها
 أجرة المثل ، إن ظن أنه يثمر فيها ، ويشترط أن يكون معيناً ،
 فلو ساقاه على أحد الحديقتين ، أو على نصيبه المشاع دون شريكه
 لم يصح ؛ للجهل بالعمل ، وتعذر تخصيص عمله بما سوقى عليه من
 المشاع ، نعم يجوز أن يساقى شريكه كما سيأتى ، ويشترط أن يكون
 مرثياً ، فلو ساقاه على حديقة لم يرها لم يصح على المذهب ، وقيل
 فيه قولان : أظهرهما الجواز ، واختلف في محل القولين على ثلاث
 طرق ، وقال : أظهرها أن القولين فيما إذا لم يبدُ الصلاح ،

(١) رواه مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر
 أوزرع ص ٦٢ = ٣ بلوغ المرام » وفي رواية « دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم
 وأن لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطرها ص ٦٢ ج ٣ بلوغ المرام » وغير ذلك من الأخبار ، ولا شك في
 جوازها على النخل لأنه مورد النص ، وهل العنب منصوص عليه أو مقاس ؟ قيل إن الشافعي قاسه على النخل بجامع
 وجوب الزكاة ، وإمكان الخرص ، وقيل إن الشافعي أخذه من النص وهو « أن النبي صلى الله عليه وسلم ، عامل
 أهل خيبر على الشطر مما يخرج من النخل والكرم ص ٢٧٢ = ٥ نيل الأوطار .

فأما بعده فلا يجوز قولاً واحداً ، لأنَّ التجول لتربية الثمار ، وتنميتها وهو بعد الصلاح لا يباشر بالعمل ، الثانى إجزاءهما ما لم يتناه نُضْجُها والثالث إجراء القولين مطلقاً ، وقوله فى الحاوى : إنما تصح مساقاة النخل والكرم المغروس المعين المرئى خرجت الثمار أولاً فيه أمران :

أحدهما : أنه كان ينبغى أن يقول النخل والعنب ، لأنه صلى الله عليه وسلم - نهى عن تسميته كرمأ .

الثانى : قوله خرجت الثمار أم لا ؟ ولم يفرق بين أن يبدو صلاحها أم لا ، وهى بَرِيقُهُ^(١) ، والأصح فى الرافعى والروضة أن ذلك مخصوص بما قبل بدو الصلاح ، وأما بعده فلا يجوز قولاً واحداً ، وهى الطريقة الصحيحة عنده وقال ابن النحوى فى شرحه : وتحريمه ، يدل قبل الصلاح وقبل التأبير ، وهو وهم منه .

وقوله : (وفى غَيْرِ مُزَارَعَةٍ تَبَعاً ، لا مُخَابَرَةٍ ، فيما تَخَلَّلَ ، إن اتَّحَدَ نَفْعٌ وَعَامِلٌ وَعَقْدٌ) .

أى : إنما تصح المزارعة تبعاً للمساقاة بشروط ، أن يكون فى البياض المتخلل بين الشجر ، وأن يكون النفع متحداً فيهما ، فإن تباعدا بحيث يمكن سقى أحدهما ، وتقليد الأرض من غير أن

(١) البريق اللعان وكذا الليونة والطراوة وتغير اللون فى الثمر والعنب / م .

(٢) وهو ما رواه الشيخان عن جابر « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » ص ٢٧٨ - ه نيل الأوطار .

ينتفع الآخر بطلت المزارعة ونحوها ، وحيث اتحد النفع عسر
انفراد أحدهما به عن الآخر ، وقد عبروا بعُسرٍ انفراده ، والمعنى
واحد ، والمزارعة وهى المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها
والبذر على صاحب الأرض ، والمخابرة كالمزارعة ، إلا أن البذر من
العامل ، وقدم المزارعة على المساقاة ، لأنها تابعة وعنه احترز بقوله :
تبعاً ، كما لو مزج الرهن بالبيع ، لا يجوز تقديم الرهن ، وكذا
لا يجوز أن يساقى فى الحديقة واحداً ويزرع فى بياضها آخر ،
ولو كان بين النخل والعنب غيرهما ، من الأشجار المثمرة ، جازت
المعاملة عليه ، تبعاً للنخل والعنب كالمزارعة على الأصح من زوائد
الروضة ، وأما المخابرة فلا تجوز مفردة ولا تبعاً ، للحديث^(١) وقال
النووى^(٢) فى الروضة : المختار جواز المزارعة والمخابرة ، انتهى ،
لكن المذهب الذى عليه التفريع ما قاله فى الكتاب .

وقوله : (مؤقتة بمعين ، يثمر فيه غالباً ، ولو آخره) .

أى : إنما تصح المساقاة مؤقتة كالإجارة ؛ إذ لو تأبدت لصارت
كالمالك ، وتضرر المالك ، لتعهد الثمرة وإصلاحها ، ومدة ذلك معلوم ،
بخلاف القراض ، ثم التأقيت ، يجب بزمان معين كالسنة والسنتين ،
وأن يكون بمدة مثلها تثمر الثمرة غالباً ، فإن قُدر بمدة لا تثمر فيها
غالباً لم يصح ، وإن عامل فيها العامل لم يستحق أجره إن علم ، وإن

(١) راجع ص ١٧ الربع الأول .

(٢) راجع ص ١٢ ، ص ٢٤ الربع الأول .

جهل كونها لا تثمر استحق أجرة المثل ، ولو أقت بزمان إدراك الثمر لم يصح ؛ لأن الإدراك يتقدم ويتأخر ، فإن أقت بمدة تثمر فيها غالباً ، ولكن في آخر سنة من السنتين المساقى عليها جاز ، وكانت السنون كالشهور في السنة التي لا تخلو من الثمر فيها ، وقوله في الحاوى :^(١) مؤقتة بزمان يحصل الربيع فيها ولو آخر سنين فيه أمران :

أحدهما قوله : مؤقتة بزمان ، قال ابن النحوى في تحريره : يدخل فيه ما إذا وقت بزمان إدراك الثمر وهو وجه صححه الغزالي ، والأصح أنه لا يجوز .

الثانى : قوله يحصل فيه الربيع ، يومهم أن اشتراط المدة تتسع إلى الجذاذ ، وعبرة غيره يثمر فيها غالباً ؛ لأنه بإطلاق الثمرة في المدة يملك حصته وعلى المالك إبقاؤها إلى الجذاذ .

وقوله : (ومع شريك وبشرط إعانة عبده ، بطعم لا هو ، ولا أجير عليه) .

أى : وتصح المساقاة مؤقتة ولو مع شريكه أن يشترط له جزء من الثمر في مقابل عمله كالثلث ، والربع والخمس ، لا معينا كمائة ، ولو شرط أن يُعينه عبد رب المال جاز ، إلا أن يكون عاملاً مشاركاً في الرأى والتدبير ، ويشترط أن يعرف العبد أيضاً ، فلا يصح عبد

(١) وفي ح « مؤقتة بزمان يحصل الربيع فيه غالباً ولو آخر سنين ومع الشريك » .

مجهول ، وإن شرط أن تكون نفقة العبد على العامل جاز على الأصح ،
ويطعمه ما جرت به العادة ، ويتسامح بجواز ذلك في المعاملات ، وإن
شرط أن تكون نفقته من الثمرة لم يجز ؛ لأن ما يبقى منها بعد
النفقة يكون مجهولاً ، فيخرج عن كونه معلوماً بجزئته ، فإن
شرط للنفقة جزءاً مقدراً كالربع ، كان مضافاً إلى نصيب المالك وكانت
نفقته عليه ، فلو شرط أن يعمل معه رب المال لم يجز ، وكذا
إذا شرط العامل أن يستأجر أجييراً يعمل معه ، وتكون أجرته على
على المالك ؛ لأن العمل شرطه أن يكون على العامل لا على المالك ،
وقوله في الحاوى : أن يعمل معه غلام رب المال ، أراد به أن يكون
مُعِيناً أو خادماً مشاركاً في الرأى والتدبير .

وقوله : (وبنحو^(١) ساقيتك ، عاملتك ، لا بأجرتُ ، وقبول بلا تفصيل
عمل ، اكتفاء بعُرف عَرَفاهُ) .

أى : وإنما تصح المساقاة بإيجاب نحو ساقيتك ، وعاملت ، وكذا عقدت
معك عقداً ، كما في سائر العقود ، ولا يجزى بلفظ الإجارة ، فلو قال :
استأجرتك لتتعهدنخلى بربع منها ونحوه لم يصح ، ولو قال : ساقيتك
بثلث الثمرة لتكون أجرة لك لم يضر ؛ لتقدم لفظ المساقاة ، ولا يشترط
أن يفصل الأعمال في العقد ، بل ما اقتضاه لفظ المساقاة في البلد
رجع إليه عند التنازع ، ويشترط أن يكونا عارفين بما يقتضيه عقد

(١) هذا شروع في الصيغة وشروطها ، ولا بد فيها من إيجاب وقبول لفظاً فلا يكتفى بالفعل من أحد الجانبين وفي الكتابة
وإشارة الأخرس مامر في الضمان ، من أن الكتابة كناية تحتاج إلى نية وإشارة الأخرس لا بد أن تكون مفهومة ، هـ / .

المساقاة في العُرف ، هكذا ذكره في العزيز والروضة ، وقوله في الحاوي^(١) : والعمل جملة والعرف يفصله ، مشكل من حيث إنه معطوف على محمول عرف ، وَشَرَحُ القونوى له أعجب ، فإنه قال : وَعَرَفَ كل من المتعاقدين العمل جملة ، ولا يشترط معرفة الأعمال تفصيلاً ، بل العرف الغالب في كل ناحية يفصله ، وهذا إذا عرف المتعاقدان العرف المحمول عليه ، قلت : ونقل معرفتهما بالعرف الذي يحمل عليه العقد غير معرفتهما ما يقتضيه العقد في العرف ، ولكنه أراد الجمع بين كلام الرافعى وكلام المصنف ، وهما متباينان ، قال الرافعى : وإذا عقد بلفظ المساقاة ، فالصحيح أنه لا حاجة إلى تفصيل للأعمال يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب ، وفيه وجه أنه يجب تفصيلها ؛ لأن العرف يكاد يضطرب ، وما ذكرناه فيما إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه ، فإن جهلاه أو أحدهما وجب تفصيل الأعمال ، هذا كلامه نفيًا ، فإنه يُظْهَرُ ذلك فَرْقَ مَا بَيَّنَّ الكلامين .

وقوله : (وَعَرَفَا شَجَرًا تَنَوَّعَ ، أَنْ شُرِطَ تَفَاوُتٌ) .

أى : وإن كان في الحديقة نوعان ، أو أكثر ، فساقاه على الجميع ، وإن قال : على الثلث أو الربع ، بالجميع ، جاز ، وإن قال : على أن لك من الصيحاتى الثلث ، ومن العجوة الربع ومن البرنى الخمس ، اشترط معرفة الأنواع وقدرها ، ولو تَخْمِينًا ، ولو ساقاه على أن ما سقى بماء السماء ففيه الثلث ، أو بالدولاب ففيه النصف لم يجز .

(١) وفى ح « والعمل جملة والعرف يفصله وهى لازمة » .

وقوله : (وَلَزِمْتُ ، وَمَلَكَ حِصَّتَهُ بظُهُور ، وَعَلَيْهِ مَا يَتَكَرَّر ، وَيَحْتَاجُهُ ثَمَر كَحِفْظٍ وَجَذَاذٍ ، وَتَرْقِيعٌ اعْتِيدَ) .

أى : ولزمه المساقاة بالعقد ، فلا يجوز لأحد منهما فسخها ، بخلاف القراض ، وإن كانا يشتركان فى اشتراك كون الربح والثمر مختصاً بالمتعاقدين وكونهما بينهما بالجزئية ، والفرق أن عمل المساقاة يقع فى أعيان تبقى بحالها ، فأشبهت الإجارة فى اللزوم ، والقراض لا تبقى أعيانه بعد العمل ، فأشبه الوكالة ، ثم العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور ، ولا يتوقف على القسمة ، بخلاف القراض ، والفرق الثمرة ليست وقاية للأشجار ، بخلاف الربح فإنه وقاية لرأس المال ، ويجب على العامل فى المساقاة ما يتكرر لحاجة الثمار إليه كل سنة للتنمية ، وما هو من صالحها كالسقى وإصلاح طريق الماء ، وتنقية الأنهار والآبار من الحمأة^(١) ونحوه ، وإدارة الدولاب وغير ذلك ، ومنه تقليب الأرض بالمساحى وتكريرها وهو الحرث فى المزارعة ، وكذلك تقويتها بالزبل إذا جرت به العادة ، نقله الشيخان^(٢) من التثمة ، ومنه التلقيح ، والطلع الذى يلحق به على المالك ؛ لأنه عين ماله ، وليس على العامل إلا العمل ، ومنه تنحية الحشيش المضر ، والقضبان المضرة بالشجر ، وتصريف الجريد ، بأن يقطع ما يضر ويرد ما بقى عن وجه العناقيد ، وينحى عنها لتصيبها الشمس ، ومنه تعريش العنب ،

(١) والحمأة طين أسود يتراكم فى الأنهار والآبار ومسالك المياه فتعوقها عن المرور المطلوب للسق / م .

(٢) الشيخان النووى والرافعى والتثمة للمتولى الإمام أبى سعد بن أبى سعيد المتولى راجع ص ٩٣

ووضع الحشيش فوق العناقيد ، إن جرت عادة ، والأصح يجب على العامل الجذاذ ، وحفظ الثمرة ، كما يجب حفظ مال القراض على العامل ، وحفظه من الطير ونحوه بأن يجعل كل عنقود في قوصرة ، وهى على المالك ، ومالا يتكرر مما يُقصد به حفظ الأصل فهو على المالك ، كحفر البئر والنهر وبناء الحيطان ونصب الأبواب والدولاب وخراج الأرض ، وأما رد الثلم^(١) اليسيرة فالمتبع فيها العرف على الأصح ، وما وجب على العامل مما ذكرناه ، فله أن يستأجر عليه ، فإذا شرط على أحد منهما ما يجب على الآخر بطل العقد ، فإن فعل العامل ما وجب على المالك بلا إذن فلا أجره^(٢) له .

وقوله : (فإن هرب استأجر بماله قاض ثم اقترض ، ثم المالك ، أو عمل ليرجع وأشهد ، وإلا فمتبرع كأجنبي أو فسخ ، لا أن أثمر ، ولو وُجد مُتَبَرِّعٌ وسلم أجر عمله ، كأن استحقَّ شجره) .

أى : اعلم إنما أتى بالفاء لأنه تفريع على قوله : ولزمت ، فإن هرب العامل قبل أن يتم ماعليه ، فليرفع المالك إلى الحاكم ثم يثبت المساقاة ثم يستأجر عليه القاضى من ماله ، إن كان له مال ، أو من نصيبه من الثمر إن بدا صلاحه ، فيبيع الكل أو البعض بحسب الحاجة ، وإلا استقرض له القاضى ثم يستأجر عليه ، وإن لم يكن قاض نظرت ،

(١) الثلم جمع ثلثة ، مثل غرفة وغرف والثلثة الخلل في الحائط وثلث الإناء ثلثا من باب ضرب كسوته ، المصباح / ٢ .

(٢) ويعتبر متبرعاً بما عمل ، وأما إذا استأذن المالك أن يعمل بالأجرة فله طلبها ويستحق أجره المثل إن لم يمين أجراً / ٢ .

فإن عمل المالك أو استأجر من ماله ليرجع ، وأشهد على أنه صرف أو عمل ليرجع رجع ، قال : وإلا فمتبرع ، يعنى إذا لم يرفع إلى القاضى ، إن كان ، أو لم يُشْهَدْ عند عدمه ، بل صدق أو عمل بلا إشهاد فهو مُتَبَرِّعٌ ، كالأجنبي إذا عمل أو استأجر ، ومن شرطه أن يشهد أنى عملت لأرجع ، وإن لم يعمل ولم يصرف وأراد أن يفسخ العقد نظرت ، فإن كان ذلك قبل خروج الثمرة جاز لتعذر الاستيفاء ، كما إذا^(١) أبقى العبد المبيع قبل القبض ، ويعطى العامل أجره عمله ، وإن كان بعد خروج الثمرة لم يجز الفسخ ؛ لأنه صار شريكا ، فإن بدا فيها الصلاح بيع من نصيب العامل فى الأجرة ، وإلا فإن باع مع المالك بشرط القطع ، واشترى من نصيبه ما يحتاج إليه جاز ، ولو قال أجنبي قريب للهارب : أنا أتبرع بالإتمام عنه فلا يُفْسَخُ ، ولم يُلْزَمْ المالك ؛ لأنه قد لا يريد دخوله مِلْكَهُ ، فإذا عمل العامل فى المساقاة ثم بان الشجر مستحقاً ، فعلى المساقى له مِثْلُ أَجْرَةِ عمله ، كما إذا استأجر الغاصب من عمل فى المغصوب عملاً فإن الأجرة على الغاصب ؛ وقوله^(٢) فى الحاوى : وإن هرب ، إلى قوله وإن تبرع أجنبي ، فيه أمور :

أحدها : قوله : وإن هرب استقرض ، هذا إذا لم يُوجَدْ له مال ، فإن وجد ، أو كانت الثمرة قد بدا صلاحها فإنه يباع نصيبه ،

(١) إذا هرب العبد المبيع قبل القبض ثبت الخيار للمشتري فكذلك عقد المساقاة قبل خروج الثمرة فله الفسخ / م .

(٢) وفى ح « فإن هرب استقرض القاضى عليه واستأجر ثم ينفق المالك بالإشهاد وإلا فمتبرع كالأجنبي أو يفسخ بأجر مثل ما عمل كأن استحق الشجر وإن تبرع أجنبي .

قال القونوى : لابد من هذا وإن اقتضى ظاهر كلامه الاستقراض مطلقاً^(١) .

الثانى : قوله : ثم ينفق المالك اقتصر على الإنفاق ، وهو مخير بين أن ينفق أو يعمل بيده .

الثالث : قوله : بالإشهاد مقتضاه أنه إذا أنفق وأشهد رجع مطلقاً ، وليس كذلك ، بل لا يرجع حتى يشهد أنه أنفق أو عمل ليرجع ، فإن لم يصرح بالشهود بقصد الرجوع لم يرجع ، نقله فى العزيز والروضة ، عن الشامل وأقره .

الرابع : أويفسخ بأجرة مثل ماعمل ، ظاهره أن له الفسخ مطلقاً ، وليس كذلك ، بل إذا لم يثمر الشجر ، أما إذا أثمر فإنه لا يجوز الفسخ كما بيناه .

الخامس : وإن تبرع أجنبي ، لا فرق بين أن يتبرع الأجنبي أو القريب ، بخلاف ما إذا مات فإن للوارث أن يتمه ، وإن لم يخلف له التركة ؛ وذلك لأن حصة العامل من الثمرة انتقلت إليه ، ويستحق التمكن من الإتمام ليصل إلى حقه .

(١) تعبيره بالاستقراض يفيد إنفاق القاضى من مال الهارب من باب أولى فإذا جاز للقاضى الاستقراض إذا لم يكن له مال فيجوز له إنفاق مال الهارب من العمل من باب أولى فى العمل الذى هرب منه / م .

وقوله : (وإن ماتَ وهي بئمة ، تمَّ وارثٌ ، ويُجبرُ إن خَلَفَ
تركةً) .

أى : إذا مات العامل نظرت ، فإن كانت المساقاة على عَيْن العامل
انفسخت ، كما فى الإجارة على العين ، وإن كانت فى الذمة نظرت ،
فإن خَلَفَ تركة فعلى الوارث الإتمام ، فيستأجر من يتمها ، ويعمل إن
كان أميناً عارفاً بالعمل ، وإن لم يُخْلَفْ فللوارث الإتمام ، ولا يجب
عليه ؛ لأنه إنما يخيّر على توفية ما على الموروث من تركته ، وقوله فى
الحاوى : تمم الوارث ، ليس على إطلاقه ، بل ذلك على مساقاة فى الذمة
لا عين كما بيناه ، ذكره وفى العزيز والروضة .

وقوله : (والعامل أمين ، فإن خانَ أُلْزِمَ أجره مُشْرِفٍ ، فإن لم يُفِذْ
فعاملٌ) .

أى : والعامل أمين ، فلا يضمن ما تلف فى يده بغير تقصير ،
فإن خان وثبتت خيانتة ببينة ، أو بإقرار أو نكوله أُلْزِمَ الحاكم
أجرة مشرف ، ويستأجر لمراقبته ، فإن لم يُفِذْ المشرف ، أُلْزِمَ أجره
العامل يُسْتَأْجَرُ للعمل عنه .

الإجارة

وقوله : (باب^(١)) : صِحَّةُ إِجَارَةِ بِإِيجَابٍ ، كَأَجْرَتْكَ ، أَكْرَيْتَ ، أَلْزَمْتَ ذِمَّتَكَ مَلَكَتْكَ ، مَنْفَعَتَهَا ، أَجْرَتْكَهَا لَا بَعْتُ ، وَقَبُولُ .

أى : إنما تصح الإجارة بهذه الأمور التي نذكرها ، فمنها ، الصيغة ، وهى الإيجاب والقبول ، كأجرتك هذه الدار ، وأكريتها شهرا بكذا ، فيقول على الاتصال : قبلت أو استأجرت أو أكريت ، فكذاك ملكتك منفعتها ، شهراً بكذا ؛ لأن الإجارة تمليك المنفعة ، فلو قال : أجرتك شهرا بكذا ، فكذاك على الأصح ، ويكون ذكر المنفعة تأكيداً ، كقوله فى البيع بعتك عين هذه الدار ، وقيل لا يجوز ؛ لأن لفظ الإجارة إنما وضع مضافاً إلى العين ، ولو قال بعتك لم يجز ؛ لأن البيع موضوع للملك الأعيان ، فكما لا ينعقد بلفظ الإجارة لا تنعقد الإجارة بلفظه ، فإن قال : ألزمت ذمتك عمل كذا صح ، وأغنى عن ألفاظ الإجارة

(١) فى الإجارة بتثنية الممزة والكسر أشهر من آجره بالمد يؤجره بإجراً ، أو بالقصر يأجره بضم الجيم وكسرها أجراً ، وهى لغة اسم للأجرة وشرعاً عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بم عوض معلوم ، وبينت فى الأصل ماخرج به والجواب عما أورد عليه ، وأن العقود عليه سواء كانت إجارة عين أو ذمة هو المنفعة لاحتها ، وأن الخلاف فى ذلك ليس خلافاً محققاً ، من كل وجه وإن أبدى له فوائد كثيرة وأركانها أربعة الأول العاقدان ، وشرطها كالمبتايين إلا أن للكافر استئجار المسلم وإن أمر بإيجاره لمسلم فى العينة كما قدمه ، وبه يعلم أنه لم يفشل شروط العاقلين هنا ، بل استغنى بذلك المعلوم منه أنها كالمبتايين عن التصريح به هنا ، وللسفيه على ما قاله الماوردى والرويانى أن يؤجر نفسه ، لما لا يقصد من عمله ، كالحج ، كما له التبرع به ، بل أولى ، ولا يصح اكتراء العبد نفسه من سيده ، وإن صح شراؤه نفسه منه كما أفتى به النووي ، ويوجه بأن الثانى جاز على خلاف القياس لمصلحة المتق ، والأول ليس فيه ذلك ، الركن الثانى الصيغة من إيجاب وقبول ، وشرطها ما مر فى البيع بتفصيل إلا عدم التأقيت ، فحينئذ صح إجارة بإيجاب لـ خ / ف وهى جائزة بالكتاب والسنة والإجماع فقد أجمعت الصحابة والتابعون على جوازها وأما الكتاب فقوله تعالى « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » آية (٦) من سورة الطلاق ، وأما السنة ، فالأحاديث فيها كثيرة منها « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » ص ٦٥ - ٣ بلوغ المرام وروى البخارى أنه عليه الصلاة والسلام قال « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، وعد منها رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره » ص ٦٤ - ٣ بلوغ المرام .

وتمليك المنفعة ، وإنما سكت عن التمثيل للقبول لظهوره ، وسكت في الحاوى عن قوله : ألزمت ذمتك ، وكان ذكره أهم من ذكر أكريت ؛ لكونه أبعد منه شبهاً بأجرت .

وقوله : (بأجر^(١)) له حكمُ ثمنٍ ، في عَيْنِيَّةٍ ، كاستأجرتك ، وله حكم رأس مال سليم ، في إجارة ذمة ، ومطلقه حالٌ . وبطل بعْمارَةٍ ، وبجزء مما عمل فيه .

أى : وصحتها بإيجاب وقبول مع أجر له ، أحد أركانها ، وإن كانت الإجارة واقعة على العين ، كما إذا استأجر داراً تسكنها دابته ، أو دابة معينة ليركبها ، أو رجلاً ليحج عنه ، أو يعمل له عملاً ، فللأجرة حكم الثمن في البيع ، وإن كان معيناً اشترط أن يكون مرثياً ، ولا يشترط العلم بقدره ، بل تصح بضربة من الدراهم ، وإن كان في الذمة فهو كالثمن في الذمة يجوز تأجيله وتعجيله وتنجيئه ومطلقه حالٌ ، ويجوز الاعتياض عنه ، والحوالة به وعليه ، والأصح أن قوله : استأجرتك إجارة واقعة على عَيْنِهِ ، وقيل : على ذمته ، ولهذا خصه بالتمثيل ، وإن كانت الإجارة في الذمة كما إذا استأجر دابةً موصوفة ليركبها ، أو ألزمَ ذمته حَجًّا ، أو عملاً كخياطة ثوب ، فإن الأجرة والحالة هذه لها حكم رأس مال السَّلَم ، فيشترط قبضه في المجلس ، ويجوز أن يكون معيناً ، وأن يكون في الذمة ، فإن أجَّله فسد العقد ، وإن أطلق حمل

(١) هذا هو الركن الثالث من أركان الإجارة وهو الأجرة ويشترط فيها ما مر في الثمن من كونها معلومة جِزْأً وقدرًا وصفة ، إلا أن تكون معينة فيكنى رؤيتها ، ويشترط في صحة إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس وأن تكون حالة كرأس مال السلم ، لأنها سلم في المنافع ، فلا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا تأجيلها . م /

حمل على الحال ، وصح اشتراط تسليمه في المجلس له ، ولا تصح
 الحوالة به ولا عليه ، ولا الاستبدال به ولا إبراء عنه ، ولا تصح إجارة
 دار بعمارتها ، ولا بدراهم على أن يُعمَّرَ بها ؛ لأنها تصير إجارة بدراهم
 وعمارة فهي مجهولة ، ولا تصح إجارة على عين بجزء منها بعد
 العمل ، كطحن البر بالنخالة ، أو بجزء من الدقيق ، وسلخ الشاة بجلدها ،
 أو إرضاع الرقيق بجزء منه بعد الرضاع ، أما بجزء قبله فجائز
 كطحن البر بجزء من البر ، ونقل الإمام والغزالي عن الأصحاب
 أن الاستئجار لإرضاع الرقيق بجزء منه قبل الرضاع لا يجوز ؛ لأن
 شرط العمل أن يقع في خالص ملك المستأجر ، واعترض عليه بأن
 القياس الجواز ، ولا يضر وقوعه في المشترك ، ألا ترى أن أحد الشريكين
 لو ساقاه صاحبه وشرط له زيادة من الثمرة جاز ، وإن وقع العمل في
 المشترك ، قال الرافعي : وظاهر المذهب مال إليه ، وقوله ^(١) في الحاوي :
 بأجر مشاهد إلى قوله : كاستأجرتك ، فيه أمران :

أحدهما : أن قوله : مشاهد ، أراد به قد شوهده ، ولا يشترط أن
 يكون مشاهدا حال العقد . فلو قال : بأجر شوهده لكان أخصر .

الثاني : أنه قد وُصف الأجر بأوصاف عدها ، ثم قال في آخرها :
 إلا في الإجارة العينية ، يتوهم الناظر فيه أن الاستثناء من جميع
 الأوصاف ، وإن علم الفقيه بفقهاء أن من قوله : حال ، إلى آخره ، صفة

(١) وفي « بأجر مشاهد » أو معلوم في الذمة لا بالمعارة وجزء محل العمل بعده ، وإن أطلق الأجر تعجل حال مقبوض
 يمنع استبداله والحوالة به وعليه وإبرأؤه لا في الإجارة العينية كاستأجرتك » .

للأجر الواقع إجارة في الذمة وأن ما قبله صفة للأجر الواقع في إجارة العين

وقوله : (في محض^(١) منفعة متقوِّمة ، مقدورة للتسليم ، شرعاً ، معلومة ، تقع للمستأجر ، وفي امرأةٍ لرضاع وبئرٍ لاستقاء) .

أى : وتصح الإجارة للمرأة لرضاعٍ ، وفي البئر لاستقاءٍ ، وإن كان يتضمن عَيْناً ، وهذا على قولنا : الماء مملوك وهو الصحيح ، وكل منها يتضمن منفعة وعَيْناً ، فالمنفعة في الإرضاع وضع الطفل في الحجر ، وإقامه الثدي وعصره له بقدر الحاجة ، والعين اللبن ، والمنفعة في البئر الوقوف في مكان الاستقاء ، والانتفاع بمكان الماء والعين الماء ، ولا يَخْتَصُ ذلك بالبئر ، بل للقناة ونحوها حكمها ، وجوز في هذين للحاجة ، ولا يجوز استئجار شاة للرضاع ، وسيأتى الكلام على باقي المسائل في مواضعها قريباً إن شاء الله تعالى ، وقوله في الحاوى : في رضاع المرأة ومحض منفعة ، فيه أمران :

أحدهما : أن بعض شراحه اعترض عليه في أفراد الرضاع على المنفعة المحضة ، وقال : يفهم أن العين هي الأصل التي تناولها العقد فهو وجه ضعيف ، والأصح أن الأصل فعلها ، واللبن يستحق تبعاً قلت : لا اعتراض عليه ؛ فإنه إنما أفرد عن المنفعة المحضة ، ولا قائل

(١) يشير إلى الركن الرابع وهو المنفعة ويشترط فيها أن تكون منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بموضع معلوم وأن يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، فلا تصح إجارة الشمة للإنارة لأنها تذهب بعينها ولا يصح إجارة التفاحة لشمها لأنها منفعة غير مقصودة ، واستئجار بيع على كلمة لا تنب ، وخرج يقابله للبدل والإباحة منفعة البضع فإن العقد عليها لا يسمى إجارة ، وخرج بموضع هبة المنافع والوصية بها وخرج بمعلوم المساقاة والجمالة ، لخ / ٥ .

بأن الرضاع منفعة محضة ، وقد قالوا : استُحق به عين ومنفعة ، بل ذكروا في العزيز والروضة أنه يجوز على الأصح الاستئجار للرضاع مع نفي الحضانة ، ونقلنا عن الإمام أن المراد بنفي الحضانة هنا فعل الإرضاع ، وأما الحضانة بالتفصيل الذي يذكره فيجوز قطعها عن الإرضاع .

الثاني : أنه اقتصر في غير المحضة على إرضاع المرأة ، واستئجار البئر في الاستقاء وارد عليه إذا قلنا بالأصح أن الماء مملوك .

وقوله : (لا كَلَمَةً بلا تَعَب ، ولا تَزْيِين بطَعَام ، ودَرَاهِم لا يَغْرِي ونَفْع كَلْب) .

أى : لا يصح الاستئجار لبيع ونحوه كلمة البيع ، أو كلمة يروّج بها السلعة ولا تعب منها ، فإن احتاج إلى تعب كالحفظ والحمل إلى السوق جاز الاستئجار ، وإن استأجر لعقد البيع ظاناً بأنه يصح فتعب وتردد وباع استحق أجره المثل ، ولا يصح استئجار الدراهم والدنانير غير^(١) المعرة والطعام لتزيين الحوانيت ، لأن ذلك منفعة ضعيفة ، ويصح استئجار المسك والرياحين للشم ، لا التفاح إلا الواحدة ، وفي استئجار الشجر لتجفيف الثياب والاستظلّال أو ربط الدواب بها والبغاء للأنس بصوته والطاووس للونه وجهان ، وصحح الجواز ولا يصح استئجار الكلب للنفقة على الصحيح ، لأنه وإن جوزنا

(١) أى التى أزيل ضربها وأعدت للسبك شيئاً آخر كالحل مثلاً . م/

اقتناءه لذلك فإن منفعته لا قيمة لها كعينه ، وقيل يجوز استئجاره للصيد والحفظ ، وأما استئجار البازي والفهد للاصطياد والهرة لطرد الفأر فجائز ، وأطلق في الحاوي^(١) منع جواز إجارة الدراهم ، والدنانير للتزيين ، وذلك إذا كانت غير معراة ، أما بعد أن تُعَرَى وتُعدُّ حليا ، فيجوز استئجارها .

وقوله : (ولا أرض زرعٍ بلا ماءٍ غالب ، فإن نفاه ، فله غير غرس ، وبناء ، وبانتفع ما شئت كل) .

أى : لا يجوز استئجار أرض الزراعة للزراعة ، إلا إذا كان لها ماء ، وهذا الذى احترز بقوله : مقدور التسليم ، فإن كانت للأرض ساقية ، سقيا يكفيها ، أو لها ماء عُذٌّ متى أَرَادَ سقاها به ، وصحت إيجارتها للزرع ، لأن المنفعة مقدورة التسليم ، كذلك إذا كانت فى جهة يغلب فيها حصول المطر كقبض أرض الجبال ، وكان يكفيها فى العادة ، فهذه أيضاً تصح إيجارتها قبل أن يسقى ، فإن كانت لا يغلب على الظن سقيها واستأجرها لم تصح ، سواء استأجرها للزراعة أو مطلقاً ، وإن قصد الانتفاع بها فى غير الزراعة ، فلا بد من التصريح بالصارف ، كاستأجرتها للبناء ، أو لحفظ الدواب فيها أو على أنها أرض لا ماء لها ، فيعلم بهذا أن المقصود غير الزراعة لكن ليس له أن يبني فيها ولا أن يغرس إلا إن صرح أو قال : انتفع بها كيف شئت ، وكذلك الأرض التى تعلقو النيل والفرات ، إذا كان الغالب أنه يعلوها ويتحصل

(١) وفى ح « لالكلمة بلا تمب وتزيين بالدراهم » .

عنها في وقت الزراعة جاز استئجارها قبل أن يعلوها ، وإن استأجرها بعد أن علاها وكان انحصاره عنها غير موثوق به لوقت الزراعة لم تصح إيجارها .

وقوله : (ولا لمستقبل ، في عينية إلا من مستأجر^(١)) أو متعاقبين أو في حجٍّ ووقت السفر ويتهياً^(٢)) .

أى : ولا يجوز الاستئجار بمستقبل من الزمان في إجارة العينية ، فلو قال : أجرْتُك هذه الدار للسنة المقبلة أو الشهر الآتى أو سنة ابتداءها من غد لم يصح ؛ لعدم القدرة على الانتفاع في الحال ، فلو قال : أجرْتُك سنة ، فإذا انقضت فقد أجرْتُك السنة الأخرى ، فالإجارة الثانية باطلة ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فقد أجرْتُك ، أما الإجارة إذا كانت في الذمة فإنها تحتمل التأخير ، كما إذا قال : أنزمتُ ذمتك حَمَل كذا غداً أو مستهل الهلال صبح ، كما لو أسلم في شيء مؤجلاً ، وإن أطلق حُمِل على الحال ، ولو أجر داره من زيد سنة ثم أجرها السنة الأخرى - قبل تمام السنة - من عمرو لم يصح ، ولو أجرها من زيد صبح على الأصح ؛ لاتصال المدتين ، كما لو أجرها منه في عقد واحد ، ونَقَلَ الرافعى

(١) له كأن أجر زيد داراً سنة ثم في أثناءها ، أجره سنة تليها لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر بخلاف إيجارها من غيره ، ولا يؤثر فسخ الأولى لعروضه ، وخرج بآئنائها ، أجرْتُك سنة فإذا انقضت فقد أجرْتُكها سنة أخرى ، فلا يصح العقد الثانى . ف

(٢) أى سفر الناس من بلد الإجارة للحج ، والمراد بوقته ما يشمل زمن التهيؤ له فيعذر في تقديم العقد على الخروج بالمدّة ، التى يتهيأ لخروج فيها نحو شراء زاد وتحصيل مركوب ، للحاجة أما الاستئجار له بنحو مكة فلا يجوز إلا في أشهر الحج ، لمكانه من الشروع عقب العقد ، أما إجارة الذمة فيجوز تقديمها على وقت الخروج كما يجوز للعمرة مطلقاً لإمكان الإحرام بها عقب العقد وبه يعلم استثناء من عليه بقية نسكه لأنه لا يصح الإحرام بها حينئذ / ف

عن صاحب التهذيب ، أَنَّهُ لو أَجر زيدا سنة ، فَأَجْر زيد عمراً تلك السنة أَن لعمرو أَن يستأجرها السنة المستقبلية من المالك دون زيد ، ونقل عن القفال عكس هذا إجارتها من زيد دون عمرو ، ونقل عنه أيضاً ، أَنَّهُ لو أَجرها المالك من زيد سنة ، وباعها في أَثنائها لم يكن لزيد أَن يستأجرها السنة الثانية من المالك الثاني قبل انقضاء مدة الإجارة ، لَأَنَّهُ لَمْ يعاقب ، والذي يَأْتِي على صاحب التهذيب أَنَّهُ يجوز ؛ لَأَنَّهُ ينظر إلى اتصال المدتين ، لا إلى العاقد ، والقفال ينظر إلى العاقد لاتصال المدتين ، وقد مال الرافعي إلى كلام صاحب التهذيب من اعتبار اتصال المدتين عند انتقال الملك في المنفعة ، وسكت عن أَن يقتضيه كلامه عند انتقال الملك في الأصل ، والحكم واحد ، وكلام صاحب الحاوي موافق لكلام صاحب التهذيب ؛ لَأَنَّهُ قال : لا من المستأجر وأطلق ، ولا تبطل في كراء العُقب ، وهو أَن يكتري اثنان دابة ليركب هذا وقتاً وهذا وقتاً ، وهذه الإجارة صحيحة ، عَيْنِيَّة كانت أو غيرها ، لاتصال زمان الإجارة في مجموع حقيهما ، وإنما المكتريان يقسمان الحق الثابت لهما ، فَإِنْ اكترى المالك رجلاً ليركب عقبه فالمالك عقبه ، فَإِنْ عقد على أَن المالك يبدأ لم يصح ، أو على أَن المكتري يبدأ صح ، وكأنه أَجَّره نصف المدة ، أو المسافة ثم يقسمان بعد ، وَإِنْ عقد اثنان على التعاقب وكان للتعاقب في تلك الطريق عادة مضبوطة ، بَأَن يركب هذا يوماً وهذا يوماً ، وهذا فرساً وهذا فرساً جاز ، وإلا وجب تقدير العقب ، وَإِنْ اختلفا فيمن يبدأ أَقْرَع بينهما ، وكذلك الآفاقي البعيد إذا استؤجر للحج في غير أشهره ، فإنه يجوز ،

وإن كانت أعماله لا تقع إلا في الزمان المستقبل ، لكن لا يصح إلا إذا حصل العقد في وقت الخروج للحج ، ويعذر في التقدم عليه بمدة التهيؤ من شراء الزاد والمركوب ونحوه ، فإن زاد على ذلك بطلت. وأما المستأجر في المدة للحج ، فيعقد متى شاء ويخرج أجيره متى شاء .

وقوله : (وبطلت في حُرَّةِ مُزَوَّجَةٍ ، إلا بإذن زَوْجٍ ، أو منه ولو لولدها وفي قلع سِنٍّ أَنْ حُرَّمَ) .

أى : ولا تصح إجارة الحرَّة المزوجة إلا بإذن زوجها ؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحقه ، فإن أذن جاز أَنْ يستأجر للرضاع وغيره ، ويجوز للزوج استئجارها للطبخ وغيره ، وكذا الإرضاع على الأصح ، وقيل : لا يجوز ؛ لأنها أخذت عوضاً للاستمتاع ولا تستحق شيئاً آخر ، قال الرافعي : وهذا على منفعة منقوص باستئجارها لسائر الأعمال ، وأما الأمة فليسيد تأجيرها نهائياً ، ولا تنفسخ الإجارة بعقد النكاح على الحرية ، كذلك لا يجوز الاستئجار لقطع السن الصحيحة لغير قصاص ؛ لأنه يحرم ، وإن استأجر لقطع سِنٍّ فاسدة ، فصحت ، بطلت الإجارة ، والمعجوز عنه شرعاً كالمعجوز عنه حساً ، ومن نحو هذا احترز بقوله : شرعاً .

وقوله : (وفي قُرْب كَأَمَامَةٍ وَقَضَاءٍ وَنَذْرٍ ، وَتَذَرِيْسٍ عامٍ ، وَصَحَّتْ بِصَرْفِ زَكَاةٍ ، وَتَجْهِيْزِ مَيِّتٍ وَأَذَانٍ وتعليمِ قُرْآنٍ ، وللإمام استئجارُ ذِمِّي لجهاد) .

أى : ولا يجوز الاستئجار لِفِعْلِ القرب التى لا يستنابُ فيها كالصلاة والصيام ؛ لأنها لا تقع لغير مباشرها ، وهذا ما احترز عنه لقوله : تقع للمستأجر ، وَالْقُرْبُ عَلَى نَوْعَيْنِ : نوع تدخله النِّيَّة فلا يصح الاستئجار فيها إلا بما دخله النيابة كالحجِّ وتفريق الزكاة .

والذى لا يفتقر إلى النِّيَّة قسمان : القسم الأول فرض كفاية . وفرض الكفاية على نوعين : أحدهما ما يختص افتراضه بشخص ثم يؤمر به غيره ، فَإِنْ عَجَزَ كَتَجَهِّيزِ المِيت بالتكفين والغسل والدفن ، فإنها تختص بتركته ، فَإِنْ فَقَدَتْ فعلى الناس ، فيجوز أَنْ يَسْتَأْجِرَ لها من لم يتعين عليه ، وكذا من تعينت عليه على الأصح ، الضرب الثانى : ما يثبت افتراضه فى الأصل شائعاً كالجهاد والقضاء والتدريس العام ، فلا يجوز الاستئجار عليه ، ويجوز للإمام استئجاره ، والذى للجهاد لأنه ليس من أهله ، ولا يجوز لغيره على الأصح ؛ لأن غيره لا يتولى المصالحة التامة ، والقسم الثانى ، شعار غير مفروض ، كالأذان وتعليم القرآن ، يجوز الاستئجار عليه ، ولو لأحد الناس بخلاف الإقامة ؛ لأنه مُصَلِّ لنفسه ، ويجوز الاستئجار لتعليم مسألة أو مسائل كتاب معروف بخلاف التدريس العام ، وأطلق فى الحاوى^(١) منع التدريس مطلقاً ولا بُدَّ من هذا التفصيل .

وقوله : (وَلِيُعَيَّنَ قدر المنفعة ، بزمن تبقى فيه ، أو بمحل العمل ،

(١) وفى ح « ولا يجوز للقرب كالإمامة والقضاء والتدريس ويجوز للزكاة ولتعليم القرآن وتجهيز المِيت » .

لا بهما ، والرضيع وموضعه ، وطول بناء وعرضه وموضعه بارتفاع ،
وكيفية في سقف ، لبناء ، وما قدر بعمل) .

أى : وهذا الذى أشار بقوله معلومة فيشترط العلم بالمنفعة وإن كانت
في إجارة عينية ، على أنا قد شبهناها بالبيع ، والمبيع تكفى فيه المشاهدة
دون العلم بقدره ، والعرف أن المنافع ليس بها حصول أو محقق ، وإنما
هى متعلقة بالمستقبل ، فالمشاهدة لا يطلع منها على العرض ، ولك في
معرفتها طريقان : أحدهما : التقدير بالزمان ، كالسكنى للدار سنة ،
والثانى : لمحل العمل ، كاستئجار الخياط بخياطة ثوب معين ، والدابة
لركوب مقدار ، وأما العقار والإرضاع فلا أنه لا يمكن الضبط فيهما
إلا بزمان ويبقى في ذلك كله ، ويجوز تأجير العبد إلى ثلاثين سنة ،
والدابة إلى عشر سنين ، والثوب سنة أو سنتين ، إن اقتضى ذلك ،
وإذا استأجر بخياطة ، فإن كانت في الذمة اشترط تعيين الثوب ، فيقول :
أزمتُ ذمتك خياطة هذا الثوب ، ولو قال خياطة ثوب ووصفه لم يجز ؛
لأنه لم يعين خياطة ولا ثوباً ، وفى المعينة يقول استأجرت لتخيط لى
هذا الثوب ، ويجوز أن يقول : لتخيط لى يوماً أو شهراً على الأصح ،
ولكن عليه أن يبين الثوب ، وما يريد منه من قميص أو سراويل أو
قباء والطول والعرض ، وأن يبين نوع الخياطة أهى رومية أم فارسية ؟
إلا أن المرد العرف ، وإن جمع بين طرفين في التقدير ، وقال : استأجرتك
لتخيط لى هذا الثوب اليوم لم يصح ، لأن ذلك غرر ، لا حاجة إلى
احتماله ؛ لجواز انتهاء اليوم قبل فراغ العمل وانتهاء لعمل قبل اليوم ،
ويعين الرضيع فى الاستئجار للإرضاع ، ويقدر بالزمان ، ويبين الموضع

الذى يوضع فيه ، ويبين فى استئجار المكان للبناء طول البناء وعرضه وموضعه ، سواء كان البناء على الأرض أو على سقف ، ثم إن كان على السقف ومقدر بالعمل اشترط بيان قدر الارتفاع وكيفية البناء ، وهل هو مُقَصَّد أو مجوف ، إذ ليس البناء على الأرض كالبناء على السقف من حيث إنه لم يحمل ما تحمله الأرض ، وقوله^(١) فى الحاوى : وقدردنا فى الزمان - وإن طال - ليس على إطلاقه ، بل يعين زمانا يبقى فيه المعقود عليه كما بيناه .

وقوله : (وعُرِفَ رَاكِبٌ بِرُؤْيَا أَوْ بِوَصْفِ جُثَّةٍ ، وَمَحْمِلٌ^(٢) يَخْتَلِفُ ، وَمَعَالِيْقُ^(٣) بِهَا أَوْ بِوَصْفِ وَوزن) .

أى : ومن أجز دابة وجب أن يعرف الراكب بالرؤية ، وهذا ماقطع به الجمهور ، وألحق الإمام والغزالي الوصف التام بالرؤية وصححه فى الروضة ، ثم ذكر فى الوصف وجهين : هل يكفى ذكر الضخامة والنحافة ، أم لابد من الوزن ؟ ولم يصححا شيئا ، لكن قطع فى الحاوى الاكتفاء بالوصف الجزئ وبه قطع فى التتمة ، ويشترط أن يعرف المحمل إن اختلف بمشاهدة أو بوصف وزن ، والمعاليق كذلك وإن لم يشترط المعاليق لم يستحق حملها ، وقوله فى

(١) وفى ح « ويعين قدر المنفعة إما بالزمان وإن طال أو بحمل العمل لاجها » . وقوله متصد = مفلق

(٢) أى فى العادة ضيقاً وخفة وضدهما / ف .

(٣) جمع معلوق وهو السفرة والأدوات والقدر والقمممة ونحوها ما يحتاجه المسافر لطعام وشراب وحاجته للطهارة وقضاء حاجته ونحو ذلك ، ه .

الحاوى : وعرف الراكب رؤية أو ذكر ضخامته ، أو نحافته ،
والمحمل سعة وضيقا ، ووزنه ، وقدر الطعام الذى للأكل وتفصيل
المعاليق فيه أمران :

أحدهما : قوله : والمحمل سعة وضيقا ، أطلق ذلك وهو ما اختاره
الغزالي ، والذى صححه الرافعى والنووى أنه إذا كانت محامل
قوم متساوية لا يختلف اكتفى بالعرف فيها .

الثانى : قوله : وتفصيل المعاليق ، ظاهره الاكتفاء بالتفصيل
دون الوزن ، الأصح المذكور فى العزيز والروضة اشترط مشاهدتها ،
أو الوصف التام أو الوزن .

وقوله : (ودابة برؤية ، وللذمة بجنس ونوع ، وذكرورة
أو ضدها ، لنحو زجاج مع سَيْر وسُرى ، وضدها لراكب لا غيرها ،
ولكل محط يختلف) .

أى : إذا اكترى دابة بأن كانت مُعَيَّنة فلا بد من رؤيتها ،
وإن كانت فى الذمة نظرت ، فإن استأجرها المحمول غير زجاج ونحوه ،
من فخار لم يشترط وصفها ، إذ الغرض إيصال المتاع ، وإن كانت
لركوب أو لحمل زجاج أو فخار ونحوه اشترط وصف الدابة ؛ لأن
الغرض يختلف بذلك ، فتذكر الجنس أهى فرس أم بغل أم
حمار ؟ ويذكر النوع أمن الخيل العربية أم من غيرها ؟ ، وهل ذكر

أم أنثى ؟ فإن الأنثى سهل وذكر أقوى ، وهذا يشترك فيه الراكب والزجاج والفخار ونحوه ، وينفرد الراكب باشتراط ذكر سيرها^(١) من كونها مهلجة ، أو بحراً أو قطوفاً ، ويشترط ذكر السرى بالليل ، والمسير بالنهار ، ويشترط ذكر المنازل قريباً وبعيداً ، حيث لا عرف ، وإن ضبطها عرف كفى ، وهذا الأخير وهو ذكر المنازل إذا لم يكن لها عرف ، ويشترط في كل محمول كما هو مقتضى كلامهم ، ولم يذكر في الحاوى اشتراط ذكر الذكورة والأنوثة لنحو الزجاج ولا بد منه كما نصوا عليه .

وقوله : (والمحمول كزاد قدراً وجنسا : أو رآه أو امتحنه بيده ، وزيد في مائه من بر لا مما شئت ظرف فيعرف ان يختلف) .

أى : وإن أجر دابة للحمل فلا بد أن يعرف المحمول مقدراً بالكيل والوزن ، وإن كان حاضراً ظاهراً أو رآه كفى ، وإن كان في ظرف امتحنه باليد تخميناً لوزنه .

ولابد من ذكر جنسه عند عدم الحضور ، لأن التأثير بما بين الحديد والقطن المتساويين في الوزن يختلف ، وكذا الزاد يحمله الراكب معه لا يدخل إلا إذا شرط ، وبُيِّن جنسا وقدره ، أو وزنه أو كيلا ، أو رآه كما ذكره في المحمول .

(١) من كون السير متوسطاً أو مسرعاً أو بطيئاً كما أشار إلى ذلك بهلجة وبحراً وقطوفاً بترتيب ما ذكر / م .

وأهمل في الحاوى ذكر جنس المحمول ، ولا بد منه كما نصوا عليه ، نعم لو قال : احمل ما شئت مقدراً بالوزن جاز ، أو بالكيل لم يجز على الأصح فيهما .

وإذا ألزم ذمته حمل مائة من بُرٍّ استحق حملها وحمل الظرف معها ، فإن كانت الظروف لا تختلف جاز ، وإن كانت الظروف تختلف فلا بد من معرفة الظرف ، وإلا فسد العقد ، وإن لزم ذمته حمل مائة مما شاء وإن لم يعين جنساً صح ، ودخل الظرف في الوزن ، فلا يحتاج إلى معرفته ؛ لأنه موزون مع ما فيه ، وقوله في الحاوى ^(١) : مَنْ بُرٍّ مَعَ الظرف وَمَنْ بُرٍّ دُونَهُ أُدْخِلَ الظرف عِنْدَ الإِطْلَاق عَلَى مَقْتَضَى إِطْلَاقِهِ إِنْ ذَكَرَ الْجِنْسَ لَا يَجِبُ ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ إِذَا أَهْمَلَ الْجِنْسَ ، إِلَّا إِذَا قَالَ : احْمِلْ مِائَةَ مَا شِئْتَ لَا مِائَةَ قَفِيزٍ وَنَحْوِ ذَلِكَ

وقوله : (ولحرث وحفر شدة ولين ، ولا سِقَاءَ موضع بئرٍ وعُمُقُهَا ، ودَاوُ وَعَدَدُ أَوْ مُدَّةٌ) ^(٢) والآلة عليه في استِقَاءِ التزمه .

أى : وإذا استؤجر للحرثة وجب معرفته للأرض شدة وصلابة أو رخاوة ، وكذلك إذا استؤجر لحفر البئر والنهر ، ولا بد من التقدير بالزمان أو بالعمل فيه ، فيقول فيه بالعمل احرث لى هذه القطعة

(١) وفي ح « ولمائة من مع الظرف ومن بر دونه فيعرف الظرف إن لم ينضبط » .

(٢) كأن يقول لتسقى هذه الدلو من هذه البئر اليوم ، وإن لم يبين الأرض إذ لا تأثير باختلافها ، حينئذ بخلاف ما مر في الحرث ، نعم يشترط في إجارة الذمة ذكر جنس الدابة ، نظير ما مر في الحرث ، ولا يكتفى بالتقدير بالأرض لعدم انضباط رباها / ف

وبالزمان احث لى شهرا أو احفر لى شهرا ، ويُعَيِّن الدابة فى إجارة العين المقدرة بالزمان ، لأنَّ العمل يختلف بذلك ، ولا يشترط فى المقدرة بالعمل ، ويشترط ذكر الطول والعرض والعمق فى حفر البئر ونحوها إن قدر بالعمل ، فإنَّ انهارشئ من المحفور فى البئر لم يلزم الأجير إخراجهُ ، وإن وجد شدة فى البئر، وكان بحيث يعمل فيها المعول وجب الحفر ، وإن لم يقدر فيها ، أو خرج الماء قبل إتمام الحفر انفسخ الباقي لا فى الماضى ، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقى ، وإن استؤجر لاستيقاء فلا بُدَّ من معرفة موضع البئر وعمقها والدلو بالمشاهدة أو بالوصف إن ضبط فيه ، وإن استأجره للاستيقاء وقدرنا بالزمان ، كَاسَقْ لَنَا هَذَا الْيَوْمَ صَح ، وإن قدرنا بالعمل وجب ذكر عدد الدلاء والآلة المستقى بها إذا التزم الاستيقاء فى ذِمَّتِهِ .

وقوله : (وعلى مُكْرٍ تفرِغُ دار وبئر حُشٍّ ، وبالوعةٍ ، ابتداء فقط ، ومِفْتَاحٌ^(١) وحدده بلا إكراه ، كَعَمَارَةٍ ونزع من غاصب) .

أى : ويجب على مُكْرٍ الدار تسليمها فارغة البالوعة وبئر الحُشِّ^(٢) ولا يجب تفرِغها إذا امتلأت مع المستأجر ، بل يجب التفرِغ عليه ، لأنَّ الامتلاء حصل بفعله فصار كنقل الكُنَاسَاتِ الحاصلة فى دوام الإجارة ، ونقلها على المستأجر ، وكذا نقل الرماد

(١) يغلُق مثبت تبعاً له ، بخلاف قفل منقول ومفتاحه وإن اعتيد ، وهو أمانة بيده فلا يضمه بتلف بلا تفريط / ف

(٢) أى البئر الذى تجتمع فيه القاذورات سواء كانت نجسة أم لا ، وإن كان الغالب فيها التنجيس / ٥ .

على الآتون^(١) ، وما حصل من أسفل الدار من ثلج لا يلزم المؤجر كشحه ، بخلاف ما وقع من على السطح فإنه يطالب به ؛ لأنه من عمارة الدار ، فإن حصل به خراب فله الخيار ، وكذا مفتاح الدار ويجب أولاً على مكرى الدار للتمكين من الانتفاع ، ولا يجب عليه القفل إذا كانت عاداتهم الأقفال ، لأنه منقول لا يتبع في البيع والمفتاح تابع ، فللمستأجر الخيار إذا لم يبذل المؤجر المفتاح ولم يعمل الخراب ، حتى لو وكف السقف لعدم التطيين ثبت له الخيار إلا أن يصلحه ، وإذا غصب الدار المستأجرة لم يلزم المالك نزعها من الغاصب وإن قدر ، وقال القونوى ، ينبغي إذا قدر أن يلزمه ، لكن مقتضى ما نصوا عليه من أنه لا يجب عليه دفع الحريق عنه ، ولا دفع الغاصب يقتضى بآنه لا يلزمه الاسترجاع ، فإن كانت في الذمة يلزمه إبداله ، وقوله في الحاوى : والمفتاح بلا تجديد والعمارة بلا إكراه ، مشكل مصرح بأن إبدال المفتاح لا يستحق ، مقتضاه أنه لا فسخ للمستأجر إذا لم يبدل به ، بخلاف العمارة ، وليس كذلك ، بل هما سواء يطالب بهما المؤجر ، فإن امتنع من ابدال المفتاح وعمارة الدار لم يجبر ، وثبت الفسخ للمكترى كما هو المعروف ، في العزيز والروضة وغيرهما .

وقوله : (وعليه^(٢) إكَافٌ وحِزَامٌ وثَغْرٌ وَبُرَّةٌ ، وَخِطَامٌ ، وفي إجارة ذِمَّةٌ وإِعَانَةٌ رَاكِبٌ ضَعِيفٌ وَرَفَعَ حِمْلٍ وَمَحْمِلٌ ، وَحَطُّ وَظَرْفٌ) .

(١) الآتون وزان رسول قال الأزهري هو للهام والخصاصة وجمعه العرب أتاتين بتأين نقلا عن الفراء ، المصباح / م .

(٢) أى المكترى أيضاً في إجارة دابة لركوب إجارة عين أو ذمة إجارة مطلقة ما يتوقف الركوب عليه / ف .

أى : وعلى المكربى الإكاف ، وهى للحمار والبغل مكان السرج للفرس والحزام ، وخطام وثر وهو ما يجعل تحت الذنب ليحفظ الإكاف والسرج من التقدم ، والأبرة^(١) وهى حلقة من صُفْر^(١) تجعل فى لحم أنف البعير يستوى فى وجوب الجميع على المكربى فى إجارة العين والذمة ، وقيل ليس : عليه فى إجارة العين إلا الدابة مُعَرَّاة من جميع ذلك ، ويجب على المكربى فى إجارة الذمة خاصة إعانة الراكب بالخروج مع دابة وسوقها ، وإعانتته بالركوب والنزول ، فإن كان ضعيفاً كالمرأة والمريض والشيخ الكبير ومُفْرِطُ السَّمَنِ وجب أن يُنِيخَ لهم لعجزهم ؛ ولأن المرأة قد تنكشف ، ويقرب لهم البغل والحمار من موضع مرتفع ؛ ليسهل الركوب ، والاعتبار فى القوة والضعف بحالة الركوب لا حالة العقد ، وإذا نزل الراكب لما لا ينتهى فعله على الدابة كقضاء الحاجة والصلاة . لزم المكربى الوقوف بالدابة فى انتظاره فيخفف ، ولا تلزمه المبالغة فى التخفيف ولا القصر والجمع ، وليس له الإبطاء والتطويل ، وله النزول أولاً فى الوقت لينال الفضيلة ، وعلى المكربى رفع الحمل والمحمل إلى ظهر الجمل والحطة ، ويجب على الطرف الذى ينقل الحوائج إليه . ولا يجب شئ من ذلك فى إجارة العين ، والفرق أنه فى إجارة الذمة التزم الذمة من بلد إلى بلد آخر ، وفى إجارة العين لا يلتزم إلا بتسلم الدابة بإكافها ونحوه ، ولا يخفى أنه لو عقد على الدابة من غير إكاف ولا خطام صح ، ولا يلزمه ، وسكت فى

(١) أى من نحاس وهى كما قال توضع فى أنف البعير ويربط بها حبل ليسهل قياده وحاصة إذا كان ناراً أى يخشى من أن يند وينفر / م .

الحاوى ^(١) . عن ذكر السَّرج ، قد يُوهم أنَّ له حكم الإكاف ، والصحيح أنَّ المتبع فيه العرف كما هو في العزيز والروضة وغيرهما .

وقوله : (وعلى مستأجرٍ محمِلٌ وتابعُهُ ، وفي سرجٍ وخيطٍ وجبرٍ وصَبغٍ ، وذُرُورٍ ^(٢) العرفُ وإلَّا بَيِّنَ) .

وليس على المؤجر تحصيل المحمل وتوابعه ، من المظلة والغطاء والوطاء والحبْل الذى يشد به المحمل على البعير اتباعاً للعرف ، فإن كان في بلد ، العرف فيه أنَّ الحبْل الذى يشد به المحمل على البعير على المكْرِى كاليمين ، اتبع فيه العرف ، وأما إذا اُكترى منه فرساً ليركبه ، واُكترى خيطاً ليخيط له قميصاً ، أو ورقاً لينسخ له كتاباً أو صَبْغاً لِيَصْبَغَ له ثياباً ، أو كَحَلاً ليدأويه ، فهل السرج والخيط والحبرة والصَبغ الذُّرُور على المستأجر أو على الأجير فيه ثلاث طرق : أصحها يتبع العرف في ذلك ، ذكره في العزيز والروضة ، وقد خالف صاحب الحاوى الصحيح في هذه المسائل الخمس ، فإن لم يكن عرف وجب البيان ، فإن شرط على الأجير صَح ولزمه ، وفي الرافعى أنا قلنا لا يلزم الوراق الجبر فشرطه عليه بطل العقد ، وألحق به الخيط والصَبغ والطلع في التلقيح والذُّرُور ، فلا يقال إذاً ، إن كل ما لم يكن عرف فيه إذا شُرِط بطل العقد ، وإنما

(١) وفي ح « والإكاف والحزام والثغر والبرة والحطام وفي الذمة إعانة الراكب المحتاج الخ » .
(٢) ذرور بفتح المعجمة ما يذره في العين الكحال في استئجار الكحال . والإبرة والميط في استئجار الخياط والجبر والقلم في استئجار الوراق للنسخ ، والصَبغ في استئجار الصباغ والصَبغ ، ومروود وذرور بفتح المعجمة في استئجار كحال وهو ما يذرى العين .

تَبْطُلُ هذه لَأَن من يقول بالصحيح يرى أَنها تابعة ولكنها لا تلزم
إِلَّا بِعُرْفٍ أَوْ بِشَرَطٍ ، وَأَمَّا الوجه الذى لا يوجبها على الأجير فيرى
أَنها أَعْيَانٌ غير تابعة فاشتراطها مبطل سواء عُرِفَ أَم لا .

وقوله : (ولا يتلازم رضاعٌ وحضانةٌ^(١)) ، فَإِنْ أَجَّرَ لَهَا وانقطع
لبن وَزَعٌ) .

أى : وإذا استأجر للحضانة لم يلزمها الإرضاع ، وقيل يتلازمان ،
فإن استأجرها لأحدهما لزم الآخر ، وقيل : الرضاع يستلزم الحضانة
ولا عكس ، والحضانة عبارة عن حفظ الصبي وتعهده بالتنظيف والتطهير
والدهن والكحل والإضجاع فى المهد وفى تحريكه لينام ونحوه ، فإن
كانت الإجارة لهما صحت وانعقدت لهما وإن انقطع اللبن انفسخت
فى الرضاع وفى الحضانة قولان : تفريق الصفقة ، والأصح أَنها تتفرق
فَيُسْقَطُ من الأجرة قِسْطُ الباقي من مدة الرضاع ، فلو كانت أجرة كل منهما
مثل أجرة الآخر كان نصف المسمى فى مقابلة الحضانة ، فإن أَرْضَعَتْ
نصف المدة رجع بربع المسمى إِنْ كانت أجرة مدة الرضاع مساوية ،
وإِنْ كانت أجرة نصف الآخر من المدة أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ اعتبر بقسطه .

وقوله : (وَبُدِّلَ بَزَادٍ وَمُسْتَوْفٍ وَمُسْتَوْفًا بِهِ ، وكذا منه فى ذمة
بتلف وعَيْبٍ) .

(١) كبرى ، وخرج بها الصغرى وقد مرت ، فلا يتبع واحد منهما الآخر فى الإجارة ، لأنَّ لا منها مقصود
بفرد ، /ف .

أى : وإذا نفذ الزاد الذى اكرى عليه فى الطريق أو بعضه إما بأكل أو تلف أو سرقة فله الإبدال به كغيره، ولو استوى سقره فى المنازل ، ولو شرط أن لا يبدل به إن تلف اتبع الشرط ، ويجوز للمستوفى، وهو المستأجر ، أن يبدل بنفسه ، فإن استأجر ليركب وهو أركب مثله أو دونه سيمناً أو نحافة ، كما يجوز أن يؤجر ما استأجره ، وكذلك الثوب يلبسه من هو مثله ، والدار يسكنها مثله فى الضرر لا أكثر كالحداد والقصار ونحوه ، وله أن يُبدل بالمستوفى به كالثوب الذى استأجر الخيط بخياطته يبدله بثوب مثله ، وكذلك الطفل الذى يستوفى به الرضاع يبدله به وغيره ، وإن لم يكن تلف على الأصح ، ولا تنفسخ الإجارة بتلفه على الأصح ، وإذا استأجر دابة لحمل قطن فله أن يبدل الصوف ونحوه ، أو حديداً فله أن يبدل الرصاص ونحوه ، فأما المستوفى منه ، وهو العين المستوفى منفعتها فإن كانت الإجارة على عينها كأجرتك هذه الدابة لم يجب^(١) الإبدال بها ، وإن تلفت استحق الإبدال وإن حدث بها عيب فله الاستبدال ، وقوله فى الحاوى^(٢) : وبديل الطعام للأكل والمستوفى منه فى الذمة بالتلف والعيب ، فيه أمران :

أحدهما : قوله : وبديل الطعام ، اللغة الفصيحة تقتضى أن دخول الباء إنما يكون على المتروك من مفعولى فعل الإبدال ، قال الله تعالى :

(١) ويجوز الإبدال بشرط رضا المستأجر / م .

(٢) ح « وبديل الطعام للأكل والمستوفى به والمستوفى منه فى الذمة ، بالتلف والعيب ، ويريد بالمستوفى كالأركب مثلاً والمستوفى به كالأطعام والمستوفى منه كالدار والدابة / م .

(وَبَدَّلْنَاهُمْ) بِجَنَّتَيْهِمْ جَنَّتَيْنِ^(١) ، ولكنه قدورد كما في الكتاب في كلام بعض العرب .

الثاني : قوله : المستوفى منه في الذمة بالتلف إلى آخر قوله بالتلف ، فأوهم أنه راجع إلى جميع ما قبله ، وهو مختص بالآخر ، وهو مستوفى منه خاصة .

وقوله : (وَنَزَعَ لَنَوْمٍ لَيْلٍ قَمِيصٌ^(٢) وَنَهَارٍ ، وَلِخُلُوةٍ فَوْقَانِيٌّ ، وَيَرْتَدِي بِهِمَا وَلَا يَتَزَرُّ) .

أى : وإذا استأجر قميصاً وجب عليه أن ينزعه للنوم بالليل ، لأنه جرت العادة بنزعه فيه ، أما النوم فيه نهراً فمعتاد ، ولا يختص بالليلولة ؛ لأنه لا يطول في العادة ، ولكن إذا كان فوقانياً ، فإنه ينزعه لنوم ليلاً ونهاراً ، فينزعه إذا خلا كما هو معتاد ، ويجوز أن يرتدى بالقميص والفوقاني ، ولا يتزر بهما ؛ لأن الارتداء أخف من اللبس والانتزار أضر ، وقوله في الحاوى : ونزع الملبوس إن نام والفوقاني بالليلولة والخلوته فيه أمران :

أحدهما : الملبوس يدخل فيه الانتزار ، ولو استأجر إزاراً لم يلزم نزعه لنوم .

الثاني : تخصيص الليلولة وهو ممنوع من النوم فيه مطلقاً من

(١) الآية ١٦ من سورة سبا .

(٢) وخرج بالقميص الأزار ، فلا يجب نزعه مطلقاً على ما فيه مما بيته م / ف .

غير تقييد بالقيولة ، وله النوم في القميص بالنهار كالعادة ساعة أو ساعتين .

وقوله : (وكوديع أجير ، وحماى وكذا مستأجر ، ولو بعد مدته ، أو إمكان استيفاء ، وتقرر به أجر ، وإن لم يستوف ولو من حرٍّ وما في ذمة^(١)) .

أى : والأجير أمين كالمودع فلا يضمن ما استؤجر عليه ، سواء كان مفردا باليد أم لا ، وسواء كان مشتركا أم لا ، فإذا استأجرت رجلا ليخيط ، أو يعمل لك عملا عندك ، فهذا لا يضمن قطعاً ؛ وإن انفرد باليد ، وإما أن يكون مشتركا بين الناس ؛ يقبل أعمالهم كالصباغ والحداد والخياط ، ففيه طريقان ، وقيل : لا يضمن قطعاً ، وقيل : فيه قولان أظهرهما لا يضمن ، وإن لم يكن مشتركا فذلك على المذهب ، وأما الحماى فالأصح أن الذى يأخذ أجره الحمام والسطل والإزار ، وحفظ الثياب ، فهو مؤجر وأجير ، ولا ضمان عليه على الأصح ، وكذا المستأجر لا ضمان عليه في العين التي يأخذها لاستيفاء المنفعة منها ، لأنه مستحق للمنفعة ، ولا يمكن استيفائها إلا بإثبات يده على العين ، فكانت أمانة عنده ، كالنخلة التي يأخذها لاستيفاء المنفعة منها ؛ لأنه مستحق للمنفعة وهي الثمرة التي اشتراها ، ولا يكون كالزق الذى قبض فيه سمنا ، اشتراه حيث يكون مضموناً

(١) بأن عين المؤجر الدابة الموصوفة مثلا ، وسلمها أو عرضها على المستأجر ، فتستقر الأجرة أيضاً ، أما الفاسدة فتستقر فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى ، في الصحيحة غالباً ، وخرج به العقار ، والوضع بين يدي المكترى ، والعرض عليه ، وامتناعه من القبض إلى انقضاء المدة ، فلا تستقر به الأجرة ، في الفاسدة ، ويستقر بها المسمى في الصحيحة/ف

عليه على الأصح ، لأنه أخذه لمصلحة نفسه ، ولا ضرورة إلى قبض الثمن فيه ، فَيَدُّ المستأجر يَدُّ أمانة ، في مدة الإجارة وبعد انقضائها ، إن كانت مُقَدَّرَةً بالزمان ، أو بمضى إمكان مدة العمل إن كانت مُقَدَّرَةً بالعمل ، وهذا على قولنا ، إن رد العين المستأجرة بعد انقضاء المدة لا يلزم المستأجر وهو الأصح . ثم بمضى المدة أو مدة إمكان العمل ، تستقر الأجرة على المستأجر في الإجارة الصحيحة بالتخلية ، وأجرة المثل إن قبض في الإجارة الفاسدة ، فإنه ليس على المؤجر إلا التمكين من الاستيفاء حتى لو سلم الحر المستأجر نفسه ولم يستوف المستأجر منه بالعمل الذي استأجره له ، والذي لزم ذمته حتى مضت المدة أو مدة إمكان العمل ، استقرت الأجرة على الأصح ، والأصح أنه يجوز لمن استأجر حُرّاً أن يؤجره لاستيفاء المنفعة منه .

وقوله : (وَضَمِنَ تَلَفًا إِنْ أَنْهَدَمَ عَلَيْهِ بِحَبْسٍ وَقْتَ سَيْرٍ)^(١)

أى : إذا اكرت دابة ليركبها فأخّر الركوب عن وقته ، وأدخلها بيتاً فانهدم عليها ضَمِنَ ، وكذلك إذا أتلّفها فيه حَيَّةٌ أو صاعقة ، لأنه مقصّر بترك الركوب بخلاف ما إذا ماتت بلا سبب أو بسبب لا يعد مقصراً فيه .

وقوله : (أَوْ تَعَدَّى كَأَن حَمَلَ بُرّاً عَنْ شَعِيرٍ ، وَكَذَا عَكْسَهُ لَا كَيْلًا) .

(١) كالتأخير لتقصيره بترك الانتفاع به في الوقت المهود ، إذ لو انتفع به فيه لسم ، بخلاف انهدامه عليه في ليل لم يعتد استعماله فيه ، والضمان بذلك ضمان جنائية ، لاضمان يد على الأوجه ، فلو لم يتلف لم يضمن قال الزركشي : ويضمن به لو سافر في وقت لم يعتد السير فيه فتلف أو غضب / ف .

أى : ويضمن المكترى إذا تعدى كما لو ضرب الدابة أو كبحها فوق العادة ، والمراد عادة المستأجر لا الرابض ، فإنه يحمل له ما اكترى ، فإن ضربها الضرب المعتاد لم يضمنها إن ماتت فيه ، بخلاف الزوج والمعلم يضرب الزوجة والصبي ، لأنَّ تأديبهما من غير ضرب ممكن ، ومن صورة التعدى أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة مَن^(١) من البرِّ فيحمل عليها مائة مَن من الشعير فإنه يضمن الدابة ، وكذلك عكسه ، لأن البرَّ أثقل ، فيجمع ثقله في موضع الشعير أخف فيأخذ من ظهر الدابة أكثر ، وكذلك إذا استأجر لحمل مائة قفيز من الشعير فحملها من البر بزيادة ثقل البر إلا إذا استأجر لحمل مائة قفيز من البر فحمل مائة قفيز من الشعير لأنه أخف .

وقوله : (وأجر مثل لزائد ، ومدة غرس بدل زرع ، وكذا ذرة بدل برِّ ، أو قسط مُسمًى بأرضٍ لا تلفها بحاجة وقُلعا) .

أى : إذا زاد المستأجر على المشروط زيادة فوق ما تقع بتفاوت الكيل ضمن أجرة مثل الزيادة ، كما إذا كان المحمول عشرة أصع فحمل أحد عشر ، فإن كاله أجنبي وحمله بلا إذن فعليه الأجرة للزيادة ، والرد إلى الموضع الذى حمله منه ، وإن عدل عن الجنس المشروط إلى غيره كما إذا استأجر للزرع فغرس أو للغرس فبنى لم يجز ، لأنه بدل بالمشروط ما هو أضر منه ، بخلاف ما إذا عكس ، وقد بينا ذلك فى العارية ، فإن لم يطالب المالك حتى مضت مدة فله أجر مثل تلك المدة مع القلع ، فإذا بدل بنوع نوعاً آخر أضر منه مثل

(١) المن : كيل أو ميزان ، والجمع : أمان (السان - من)

أن يبدل منه بُرٌّ ذَرَّةً فالحكم كذلك يقلع ويستحق لما مضى أجر
مثل الذرة ، ولكنه هَاهُنَا يَخِيرُ بين أجر مثل الذرة وبين القسط
من المسمى مع أرش النقص للأرض بزرع الذرة ولا يضمن الأرض
إن تلفت بجائحة ، لأن هذا العدول لا يلحق يده في الأرض بيد
الغاصب ، وهذا كالمستثنى من إطلاق قوله وضمن إن تعدى ، وقوله
في الحاوى ؛ وأجر المثل إن بَدَّلَ الزرع بالغرس وخير بينه وبين
المسمى والأرش أن أبدل البر بالذرة ، والقلع حالا ، فيه أمور :
أحدها : أنه قضى بإيجاب أجر المثل إذا بَدَّلَ الزرع بالغرس
ولم يذكر أنه يقلع ، لأن قوله والقلع مجرور عطفاً على الضمير
في بينه .

الثانى : أن القنوى فى شرحه قال : تقدير كلامه وخير بين
أجرة المثل وبين المسمى والأرش إن تخاصما بعد الحصاد ، وبين المذكور
والقلع إن تخاصما قبله ، ولا يخفى ما فى هذا التقدير من تحمل
الكلام ما ليس فى قوله .

الثالث : أن قوله وخير بين أجرة المثل وبين المسمى والأرش
والقلع حالا ، سياق كلامه يقتضى بأن المُخِير هو المستأجر ، قال :
وضمن أجرة المثل وخير وليس كذلك بل المخير هو المؤجر .

الرابع : أن البارزى^(١) قال : يخير بين أجر المثل لزراعة الذرة

(١) البارزى . هبة الله بن عبد الرحيم البارزى « الملقب بشرف الدين الحموى الشافعى المتوفى سنة ٧٣٨ فى مؤلفه
« مفتاح الحاوى » شرح به الحاوى الصغير للقزوينى ح ٣١٩/١ ، ٣٢٠ كشف الظنون .

وبين المسمى وأرّش ما نقص من الأرض بسبب زراعة الدّرة وبين القلع في الحال ، وكذلك في التعليقة. وابن النحوى^(١) ، وليس كذلك لأنّ لو قلنا إنّ المؤجر يخير بين الخصال الثلاث لا يخير المستأجر على ما اختاره المؤجر منها ، والمستأجر لا يُخَيَّر على إبقاء الدرة بأجرة المثل بدل أن يقلع ويزرع البُرّ إن أمكن ، ولم يُعَبَّر هكذا في العزيز والروضة ، بل قالوا إنّ لم يتخاصما حتى انقضت المدة خير بين المسمى والأرّش وأجرة المثل ، وإن تخاصما قبل انقضائها قلع وخير بين القسط والأرّش وبين أجرة المثل .

الخامس : أن قولهم يُخَيَّر بين أجرة المثل وبين المسمى بالأرّش وبين القلع يقتضى أنه إذا اختار القلع لم يلزم المستأجر شيء ، وليس كذلك ، بل يلزمه قسطاً بمدة كما ذكرناه .

السادس : إن إطلاقه وجب الضمان إذا تعدى بالعدول ويقتضى أن الأرض إذا تلفت بجائحة سماوية ضمنها ، والمذكور في الروضة من زيادته أنه لا يضمنها على الأصح .

(١) ابن النحوى الحسن بن محمد بن الحسن بن سابق الدين بن عل بن احمد بن أسعد بن أبي السعود بن يعيش المعروف بابن النحوى الصنعاني الزيدى عالم الزيدية في زمانه وشيخ شيوخهم وناشر علومهم لاسيما لم الفقه يقول الواصف وله مصنفات منها في الفقه « كتاب التذكرة الفاخرة » أودعه من المسائل ما لا يحيط به الحصر مع إيجاز وحسن تعبير ، وكان مدرس الزيدية وعمدتهم حتى اختصره الإمام المهدي احمد بن يحيى وجرّد منه « الأزها » فأقبل عليه الطلاب وله « تفسير » و « تعليق على البيع » واختصر « الانتصار » للإمام يحيى في مجلد ، وكان زاهدا ورعاً متقشفاً متواضعاً ولى قضاء صنعاء وانتفع الناس به ، وكان يأكل من عمل يده واستمر على حاله الجميل إلى أن مات في سنة ٧٩١ وقبره في صنعاء قريب من باب اليمن مشهور مزور ، ح ٢١٠/١ البدر الطالع .

السابع : أن قوله : وإن أبدل الزرع بالغرس والبُرّ بالذرة جارٍ على عادته بإلحاق الباء بالمأخوذ من مفعولى فعل الإبدال ، وقد بينا أن اللغة الفصيحة خلافه .

وقوله : (وإن حمل هو أو مُكْرٍ ، غَرّه زائداً ، أو انفرد فتلفت ، ضمن ، أو به مع ربّها ، ضَمِنَ بقسْطٍ كجلادٍ زاد) .

أى : اعلم أنه قد بين أنه إذا تعدى وحمل على الدابة أكثر مما شرط وانفرد ضمن الدابة سواء تلفت بالحمل أو بغيره ، لأن يده بالتعدى غاصبة وتلزمه أجرة مثل الزائد ، هذا إذا انفرد باليد ، فإذا حمل الزائد المكرب قد غره كما إذا قال هذه عشرة آصع وهى إحدى عشر صاعاً مثلاً أو حملة المستأجر والمكرب معه فتلفت الدابة بالحمل لزم المستأجر قسط الزائد من الضمان ، لأن الدابة فى يد مالكها ، وضمانه ضمان الجناية ، كما يضمن الجلاد إذا زاد فى الحد من الجلد ، قسط ما زاد على الأصح فيهما ، ولو ماتت الدابة بسبب غير الحمل ، لم يضمن سوى أجرة مثل ما زاد ، بخلاف ما إذا انفرد باليد فإنه يضمن الكل وأن لم يُغره المستأجر ، بل حملة المكرب والمستأجر ساكت لم يضمن سواء علم الزائد أم لا ، بل على المكرب إن لم يرد الزائد ، وقوله فى الحاوى : وإن حمل المكرب زائداً جاهلاً مقتضاه أن مجرد الجهل بوجب ضمان القسط وليس كذلك ، بل ذلك إذا حصل مع الجهل تغير من المالك بأن قال : هنا عشرة آصع وكان إحدى عشر ، أما إذا كان مالك إحدى عشر فحمل المكرب من غير

غرر منه ، لم يضمن ، وإن رآه يحملها وسكت ، كما لو كالحا المكري
لنفسه وغلط ، بل يجب عليه رد الزائد ، لأنه حملة بلا إذن ، وإن لم
يرض صاحبه ، بزيادة لم يجز رده .

وقوله : (ولا أجرَ دون شرطه ، كتحمُّم ، بإذن) .

أى : ومن أعطى خياطاً ثوباً فخاطه ، أو غسالا ثوباً فغسله ولم
يشرط له أجره ولا اشترطها هو عليه ، يستحق^(١) شيئاً على الأصح ،
سواء كان يعتاد أخذ الأجرة أم لا ، وسواء قال أغسل لى هذا الثوب
أو خِطهُ ، أو قال الأجير أنا أغسله لك أو أخيطه لك ، فإذا اشترط
أجرأ وكان بعقد صحيح تعين ، أو فاسد فأجرٌ مثل ولو أذن له فى
دخول الحمام أو ركوب السفينة بلا شرط أجره لم يلزمه شيء ، وقوله
فى الحاوى : لا أن دخل الحمام محمول على ما إذا دخل بغير إذن ،
لأنه استوفى منفعة الحمام ، كما لو ركب السفينة بلا إذن ، بخلاف
ما إذا كان ذلك بإذن ، لأنه إباحة ، وعلى هذا حمل الرافعى فى
الشرح الصغير إطلاقهم إيجاب الضمان على داخل الحمام ، وقال :
لا فرق بينه وبين راكب السفينة ، وقد صححوا أن راكب السفينة
بالإذن^(٢) لا شيء عليه .

(١) وهو أجره المثل لاستهلاك عمله ومقابله يقول لا يستحق شيئاً لعدم التزامها وقول ثالث يقول إن اشتهر بهذا العمل
وأخذ الأجرة عليه له أجره المثل لاستهلاك الدافع عمله ، وأما إذا لم يشتهر عنه ذلك فلا شيء له لعدم الالتزام ، منهاج / م
(٢) صحتها « قد صححوا أن راكب السفينة بلا إذن لا شيء » وإلا فهناك اتفاق على أن راكب السفينة بإذن لا شيء عليه
اتفاقاً كما عله بقوله لأنه إباحة ، وعمل الخلاف الركوب بلا إذن وصححوا أن لا شيء عليه / م .

وقوله : (وإن خا طَ قَبَاءَ ، فَقَالَ أَمَرْتُكَ بِقَمِيصٍ ، حَلَفَ
وَوَجَبَ أَرُشٌ وَلَا أُجْرَةٌ) .

أى : وإذا أعطى خياطاً ثوباً ليخيطه له ، فخا طه قباء ، فقال
المالك ما أَمَرْتُكَ أَنْ تَخِيْطَهُ قَمِيصاً ، وقال الخياط بل أَمَرْتَنِي أَنْ
أَخِيْطَهُ ، فالقول قول المالك لأنهما لو اختلفا في الإذن كان القول قول
المالك ، وكذلك إذا اختلفا في كَيْفِيَّتِهِ ، وإذا حلف المالك لزم
الخياط الأَرُشُ ، وهل هو ما بين قيمته صحيحاً ، ومقطوعاً ؟ ،
أو بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء ؟ فوجهان لم يصح منهما
شيء في العزيز والروضة ، نعم نقل الأزرعى أن الفارقي^(١) صحح ،
أنه يجب الأَرُشُ ما بين قيمته صحيحاً وقيمته مقطوعاً قباء ،
قال : وضعف ضده ابن الصباغ ، وغيره . وقال في المهمات ، إن الذي
صححه الإمام وابن عسرون^(٢) هو الأول وصححه هو أيضاً ،
وقال القونوي في شرحه ، يلزم ما بين قيمته قباء ، وقميصاً ،

(١) الفارقي : « الحسن بن ابراهيم بن علي بن برهون القاضي » أبو علي الفارقي من أهل « ميفارقين » ولد في عاشر
ربيع الأول سنة ٤٣٣ هـ ثلاث وثلاثين وأربعمائة وتفقّه في صباه على أبي عبد الله محمد بن بيان الكارزوني ثم أبي اسحاق الشيرازي
وأبي نصر بن الصباغ ولا زهما حتى برع في المذهب وصار من أحفظ أهل زمانه له وروى عنه ابن عساكر وأبو سعد بن
عسرون وغيرهما ولى القضاء بواسط وأعمالها فأقام بها مدة مديدة ثم عزل فأقام بواسط إلى حين وفاته يدرس الفقه
ويروى الحديث وكان ورعاً زاهداً وقوراً مهيباً لا تأخذه في الحق لومة لائم ، ج ٤ / ٢٠٩ طبقات الشافعية .

(٢) ابن عسرون . عبد الله بن محمد بن هبة الله بن علي بن المطهر بن أبي عسرون بن أبي السرى القاضي بالإمام أبو سعد
الموصلى قاضى القضاء الشيخ شرف الدين نزيل دمشق وقاضى القضاة بها وعالمها ورئيسها ولد في شهر ربيع الأول سنة ٤٩٣
ثلاث وتسعين وأربعمائة تفقه على القاضي المرتضى بن الشهرزورى وأبي عبد الله الحسين بن غنيس الموصلى وسافر إلى بغداد
وتفقّه بها وقرأ بالسبع وبالشعر وتوجه إلى واسط وتفقّه على القاضي أبي علي الفارقي ولزمه ودرس بالفرائية وولى نظر
الأوقاف ثم ارتحل إلى حلب ثم ولى قضاء سنجار وحران وديار ربيعة ثم عاد إلى دمشق وتولى القضاء بها وله عدة تصانيف
عديدة منها « صفوة المذهب على نهاية المطلب » في سبع مجلدات وكتاب « الانتصار » في أربع مجلدات وكتاب « المرشد »
في مجلدين و « الذريعة في معرفة الشريعة » وغيرها كثير قال الذهبي وقد سئل عنه الشيخ الموثق فقال : كان إمام أصحاب
الشافعية في عصره ، وتولى القضاء في آخر عمره ، ٤ / ٢٣٧ طبقات الشافعية .

لا ما بين قيمته غير مفصل لأن أصل التفصيل مأذون فيه ، وهذا وهم منه في النقل إلا أن يكون سقط من نسخته شيء .

وقوله : (وَتَنْفَسُخُ بِقَسْطٍ فِي عَيْنِيَّةٍ ، بَتْلَفٍ مَعْقُودٍ عَلَيْهِ ، وَلَوْ أَجِيرٌ حَجٌّ إِنْ أَحْرَمَ وَبَحِيلُولَةٌ إِنْ قَدَّرَ بِمَدَّةٍ) .

أى : وتنفسخ الإجارة ، إن كانت عَيْنِيَّةً ، بتلف العين المعقود عليها كالدار والدابة ، فإن لم تمض مدة لها أجرة انفسخت من أصلها ، فإن مضت مدة لها أجرة انفسخت في الباقي لا الماضي على الأصح ووجب قسطه من المسمى باعتبار قيمة المنفعة ؛ لأنها قد تختلف ، وإن استوى الزمانان ، وقد بطلت في أجرة المدة فتزيد وقد تكسدت فتقص ، فلو كانت مدة الإجارة سنة وقد مضى ستة أشهر ، ولكن الأجرة فيها ضعف أجرة المثل في المدة الباقية ، وجب من المسمى ثلثاه وإن كان بالعكس فثلثه ، وإن كانت الإجارة في الذمة لم تنفسخ بموت الأجير ، وتلف العين المعينة لما في الذمة ، بل يستأجر من تركة الميت ، ويبدل المؤجر بالعين التالفة غيرها ، ويجب القسط للأجير المعين في الحج إذا أحرم به ثم مات ، ويحتسب له المسافة على الأصح ، وإن مات قبل الإحرام لم يستحق للمسافة شيئاً ، وإن ألزم الحج ذمته ثم مات الأجير ، فلوارثه أن يستأنف الحج عنه في عامه ، إن أمكن ، وإلا يثبت للمستأجر الخيار ، وكذا إذا أحيل بين المستأجر وبين العين المستأجرة ، والإجارة مقدره بالمدة ، فإنها تنفسخ بقسط ما مضى شيئاً فشيئاً ، سواء حال بينه وبينها المالك ، أو غيره من غاصب ونحوه .

وقوله : (لا يموت عاقد ، إلا بطن^(١) وقف^(٢)) ، ولا أن بلغ
أجير باحتلام أو عتق ، / ولا خيار ولا رجوع للعبد ونفقته في بيت المال .

أى : ولا تنفسخ الإجارة بموت العاقد مستأجراً كان أو مؤجراً
إلا الأجير المعين فإنه وإن كان عاقدا فهو معقود عليه ، فإن مات
المستأجر استوفى وارثه المنفعة ، وإن مات المؤجر تركت العين عند
المستأجر حتى يستوفى منفعته ، فإن كان في الذمة أستؤجر من التركة ،
فإن لم تكن تركة فللوارث أن يوفيه ، ويستحق الأجرة - وإن رد
الوارث - وإن كان في الذمة - فللمستأجر فسخ الإجارة ، وأما إذا
عقد بطن الأول إجارة الوقف ثم مات فإنها تنفسخ ، هذه عبارة
الجمهور ، وقال الإمام^(٣) التعبير ، تبطل لأننا بطلانها ، في
هذه المدة ، وأنها لم تنعقد ، فكيف يقال أنها تنفسخ ، وإذا بطلت
في هذه المدة ففي الماضية قولان تفريق الصفقة ، وأن أجر الأب الصبي
مدة فبلغ فيها بالسن بطل فيما زاد على المدة للصبي ، وإن كان لا يبلغ

(١) في صور ، لكن الانفساخ في الحقيقة فيها ليس لكونه موت عاقد بل لمقتضى آخر كفوات شرط واقف أو موص
أونحوهما ما يعرف بتأملها منها مسألة الوصية المذكورة وما أجره الناظر ولو حاكماً للبطن الثاني فأتى البطن الأول مثلاً لانتقال
المانع إليها ، والشخص لا يستحق لنفسه على نفسه شيئاً ، ولا يشكل بما لو استأجر من مورثه ثم مات وورثه ، لا تنفسخ
لفوات المنفعة عليه لو بان على الميت دين ، بخلافه في تلك ، فإن البطن الثاني لا يتلقاه إرثاً على البطن الأول بل استحقاقاً من
جهة الواقف ، فلا فائدة لبقاء الأجارة ، وما أجر من يعتق بموت مستولده ، ثم مات لاستحقاقه العتق قبل إجارته ، كما يأتى
وأما لو كان الناظر هو المستحق وأجر بدون أجرة المثل فتصح وتنفسخ بموته في أثناء المدة ، على الأوجه ، ومنها مالوكان
المؤجر / ف .

(٢) ولو غير أول فإذا أجره مدة ولو من بطن بعده ثم مات أثناء المدة - وكل بطن له النظر مدة استحقاقه فقط -
تنفسخ الإجارة بمعنى أنا تبيننا بطلانها فيما بقى لأن المنافع بعد موته لغيره ، ولا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، إذ البطن
الذى يليه لا يتلقى منه بل من الواقف ، بخلاف إجارة الناظر حاكماً أو غيره ، لأنه ناظر للجميع ، إلا إن أجره لبطن انتقل
لاستحقاق إليهم ، لكن لا من جهة موته بل لأنهم لا يستحقون لنفسهم على أنفسهم شيئاً / ف .

(٣) الإمام . إمام الحرمين في النهاية راجع ص ١١٤ الربع الأول .

فيها بالسن فبلغ فيها [بالاحتلام]^(١) لم تنفسخ ، لأنه عقد وهو ولى يعمل بالمصلحة ، فنفسخ كما إذا زوج الصبية ثم بلغت ، وكذا السيد إذا أجز عبده ثم أعتقه لم تنفسخ الإجارة لأن السيد قد زال ملكه عن المنفعة مدة الإجارة ، فأعتاقه إنما يتناول ما يملك ، ولا يثبت للصبي ببلوغه ولا للعبد بعتقه خيار لأن التصرف فيهما صادف محله ، والعقد لازم ، وليس للعبد الرجوع على سيده ، على الأصح ونفخته على بيت المال لا على السيد على الأصح .

وقوله : (وخير بنقص وانقطاع شرب ، وغضب وإباق ، لا إن تدارك فوراً) .

أى : ويثبت للمستأجر الخيار ، إن نقصت العين المستأجرة نقصاً تتفاوت به الأجرة كمرض العبد والدابة وانقطاع ماء ، وانهدام الجدار وانقطاع شرب الأرض ، كما إذا أبق العبد المستأجر ، أو غصبت الدابة المستأجرة ، أو نذت الدابة فإن بادر المكري إلى إصلاح ما يمكن إصلاحه وإلى انتزاع المغصوب ورد الآبق والماء إلى الأرض في مدة قريبة سقط الخيار ، ويثبت له الخيار بما ذكر سواء كانت الإجارة مقدرة بالمدة أو بالعمل ، بخلاف ما إذا حبسها المؤجر ، فإنه لا خيار له ، إلا إذا كانت الإجارة مقدرة بالمدة فإنها تنفسخ على المنصوص بمضى المدة شيئاً فشيئاً فتفرقت عليه الصفقة ، وقد اعترض ابن النحوى على الحاوى قوله : خير إن نقص أو غصب أو أبق ، فيه أمران :

(١) فى (ب) « بالاحتلام » .

أحدهما : أراد إذا أبقى والمدة باقية فإن ، مضت تَنفَسَخ .

الثانى : أن الذى أجاب به الأصحاب ، ونصَّ عليه الشافعى فى الغصب الانفساخ ، وكذلك هو والرافعى كما جزم به المصنف ، مخالف انتهى ، فمقتضى كلامه ، أنه ينفسخ بالغصب قبل مضى المدة وبالإبقاء بعد مضيتها ، ونقله عن الرافعى ، والذى فى الرافعى أنهما سواء لا ينفسخ فيهما قبل مضى المدة وتبعدها تنفسخ ، هكذا هو فى الحاوى ، فإنه قال : أولاً وجبته غير المكترى وقدرت المدة تَنفَسَخُ بقسطه ، فإنه أخبر أنه يحبس غير المكترى ، يَنفَسَخُ بمضى المدة مقسطاً ، ويخير إن نقص إلى آخره ، يعنى قبل المدة ، فلا اعتراض عليه ، أما إذا كانت الإجارة بالعمل ، فإنها لا تنفسخ حتى يفسخ .

وقوله : (ولا يُحْبَسُ مُكْرٍ لم يقدر بمدة ، ولا بمرض مُكْتَرٍ ، وفَسَادِ زَرْعِهِ)^(١) .

أى : ولا خيار إذا حبس المالك العين وماطل بها وهذا إذا كانت الإجارة مقدرة بالعمل بل يطالبه ، بذلك أى وقت شاء ، أما إذا حُبِسَ فى المدة المقدرة وقد بينا أنها تنفسخ شيئاً فشيئاً ، فيثبت الخيار لتفريق الصفقة ، وكذلك إذا مرض المكترى أو بدا له عذر فى السفر لم يكن له أن يفسخ بل يركب مثله ، وإذا زرع فى المستأجرة

(١) بجائحة كسيل لأنها لحقت ماله لامنعة الأرض ، بخلاف تلفها بجائحة أبطلت قوة الأرض أى قوة إنباها فإنها تنفسخ فى الباقي فإن تلف الزرع ، قيل تلفها وتمذر إبداله ، لم يسترد من المسمى لما قبل التلف شيئاً بخلاف ما بعد التلف فإنه يسترد ما يقابله ، من المسمى لبطلان العقد فيه وبخلاف ماله أمكن إبداله فتفسخ ويسترد أجره المثل وكذا الماضى هـ .

وفسد زرعه بجائحة لم يكن له فسخ ، ولا يلزم المؤجر أن يحط له شيئاً ، لأن الجائحة لحقت زرعه دون الأرض ، فهو كما لو تلف متاعه الذى استأجر له الدكان لا تنفسخ به الإجارة .

وقوله : (ولا يخاصم مستأجر ومرتهن غاصباً ، كمستعير ووديع) .

أى : وإذا غصبت العين المستأجرة أو المرهونة لم يكن للمستأجر ولا للمرتهن مخاصمة الغاصب فيها ، وإن كان لهما فيهما حق ، لأن الإنسان لا يثبت الملك لغيره بغير إذنه ، ورأى الإمام والغزالي مخاصمتها أقيس وأتبعهما صاحب الحاوى ، والمذهب الذى نص عليه الشافعى ، أنه لا يجوز ، كما لا يجوز للمودع والمستعير .

الجمالة

وقوله : (باب^(١) صحة جُعالة ، بالتزام ولو من أجنبي^(٢) جُعلاً معلوماً ، قبض أم لا) .

أى : إنما تصح الجمالة بالتزام جعل معلوم ، ولا بد فى ذلك ، من صيغة تدل على الإذن فى العمل بالجعل كقوله من ردّ عبدى الآبق أو دابتي الضالة فله كذا ، لقوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ

(١) الجمالة وهى بتثليث الجيم ، والكسر أشهر لغة اسم لما يجعل للإنسان فى فعل شئ . وشرعاً التزام عوض معلوم على عمل معين وأركانها أربعة ، الأول الصيغة الدالة على الإذن فى العمل وبوض يلتزمه وحينئذ / ف .

(٢) كن رد عبد فلان فله كذا وإن لم يقل على ولا نواه ، على الأوجه ، لأنه ليس عوض تمليك ، حتى ينحصر فى وجوبه على من حصل له الملك ولا يلزم من حرمة وضع اليد ، بقوله عدم لزوم الجعل له ، على أن الحرمة غير محققة ، إذ المالك راض بوضعها / ف . قال فى حاشية فتح الجواد جماله من الواضح أنه لا يصح هنا ، إرادة الجمالة بالمعنى الشرعى وحينئذ تعين المعنى القوى وهو الجعل بضم أوله نظير مامر فى قوله إنما البيع بإيجاب لخ أى صحة لزوم ذلك المجهول ، منحصرة فى التزام جعل معين / ه .

بَعِيرٍ^(١) . فمن رد ضالة إنسان ولم يلتزم له في ردها شيئاً لم يستحق شيئاً ، وكذلك إذا التزم الشخص فردة غيره ، ويشترط كون الجعل معلوماً ، لأنه لا حاجة إلى احتمال الجهالة فيه ، وإنما احتملت في العمل للحاجة ، وقد يستثنى مسألة العِلْج^(٢) الدال على قلعة يُحاربه منها. وإذا اشترطنا أن يكون معلوماً فلا يشترط أن يكون مقبوضاً كالإجارة وذلك لأنها عقد لازم لأجير ، وهذا لا يلزمه . وليس العلم والجهل شرطاً للاستحقاق بالعمل ، بل هو شرط لاستحقاق المسمى ، وإلا فهو يستحق بالمجهول أجره المثل وسواء التزم هذا الجعل المالك أو أجنبي فيقول من ردَّ عبد فلان عليه فله على كذا صحيح ، فإذا ردَّ على مالكة استحقَّ على الأجنبي .

وقوله : (وفي عمل جُهل لُعسر ، أو عَلِمَ^(٣) بلا توقيت)

أى : وصحتها بالتزام الجعل لمن يعمل عملاً ، إما مجهولاً لعسر العلم به كردَّ العبد الآبق والضال ، فإننا لو ألزمناه البحث أولاً عن مكانه ، فإذا علمه التزم لمن ردَّه من الموضع الفلانى كذا - لَشَقَّ ، فاحتملت هذه الجعالة مع الجهل للحاجة ، وأما ما يسهل ضبطه

(١) آية ٧٢ من سورة يوسف عليه السلام .

(٢) العليج الرجل الضخم من كفار المعجم وبعضهم يطلق العليج على الكافر مطلقاً / م .

(٣) للحاجة كما مر في عمل القراض بل أولى ، إماماً لايمسر كبناء حائط وخياطة فلا بد من ضبطه كما صرح به جمع

واقتضاه كلام الشيخين ، وغيرهما إذ لا حاجة لاغتفار الجهل فيه ، ولو حبس ظمناً فبذل مالاً لمن يتكلم في خلاصه بجاهه ، أو بغيره واعترض أمور أجبت عنها في الأصل / ف .

مما تصح الإجارة عليه ، فيضبط^(١) ، وهل يجوز عقد الإجارة ؟ ، الأصح الجواز ، لأنها إذا صحت فيما لا تجوز الإجارة فيه ، فلأن تصح فيما تجوز الإجارة فيه أولى .

وقوله : (وجب لسامع ومُعِين بفراغ وهي جائزة تَغْيِيرٌ) .

أى : هذا الجعل إنما يجب لمن عمل بعد ما سمع بالنداء العلم وتعيينه بذلك ، ثم فرغ من العمل ، فإن فرغ ولم يسمع بالنداء ، أو سمع ولم يتم عليه ، لم يستحق جعلاً ، حتى لو رد الأبق إلى سيده ، ثم مات العبد أو غُصِبَ لم يستحق شيئاً ، والجعالة^(٢) جائزة لا تلزم قبل فراغ العمل ، فيجوز تغيير الجعل بالزيادة والنقص ، والتغيير بالجنس والفسخ قبل الفراغ من العمل ، ويؤثر التغيير فيه لما قبل العمل ، فإن فسخ بطلت ، وإن غير فالعبرة بالتزام الأجير وإن عمل ولم يسمع إلا بالأول فله حُكْم الوكيل ، يتصرف قبل علم الغزل ،

(١) وشرط العمل أن يكون فيه كلفة ، وألا يتعين وإن وجب على الكفاية كالتكلم في خلاص المحبوس ظلماً ، المذكور ، فلا جعل في مالا كلفة فيه ، كأن قال من دلى على مالى فله كذا ، فله والمال بيد غيره فلا كلفة ولا فيما تعين عليه ، كن قال من رد مالى فله كذا فرد من هو بيده ، أو تعين عليه لنحو غصب أو عارية ، وإن كان فيه كلفة ، لأن مالا كلفة فيه وما تعين عليه شرعاً لنحو تمديه ، لا يقابلان بموضع ، فإن لم تكن في يده كذلك ، فإن رده وفيه كلفة استحق ، وإلا فلا ، ولو التزم جعلاً لمن أخبره بكذا ، أوله غرض استحق خبر بصدق ، وحصلت له مشقة بالبحث عنه والألم يستحق ، وتصح في معلوم ومجهول / ف .

(٢) وخالف الإجارة في ذلك فمقدماً لازم وتخالفاً أيضاً في صحتها مع غير معين ، وعلى عمل مجهول ، وتوقف استحقاق العوض على الفراغ من العمل ، وسقوط العوض بفسخ العامل ، ويستدل على جوازها الآية السابقة وبحديث الصحيحين عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه لما رقى ملوفاً بمقرب بالفتاحة على قطع من الغنم ثلاثين رأساً وأقره صلى الله عليه وسلم على ذلك ، ص ٢٨٩ هـ نيل الأوطار وأركانها أربعة (١) عاقد (٢) وعمل ، (٣) وجعل ، (٤) وصيغة وشرط في العاقد كما قاله الشارع اختبار وإطلاق تصرف ملتزم ولو غير مالك ، وشرط في العمل أن يكون فيه كلفة وعدم تعينه فلا جعل فيما لا كلفة فيه ولا فيما تعين عليه عمله وقد ذكر الشارح أنه يشترط في الجعل ما يشترط في النهن ، وشرط في الصيغة لفظ يدل على الإذن بجعل معلوم ، ولا يشترط من جانب العامل لفظ ويكنى العمل / هـ .

والأصح أنه كمن علم فيستحق أجره المثل، نقله القمولى فى الجواهر^(١) ،
والأذرعى فى شرح^(٢) المنهاج عن البسيط^(٣) .

وقوله : (فإن فسَخَ أو نقص أو زاد ، فأجرٌ مِثْلٌ لما عمل قبل ،
أو فى جُعَلٍ فاسد يقصد) .

وإذا أنقص الملتزم من الجعل بعد الشروع أو زاد فيه بأن قال :
من ردَّ عبدى فله عشرة ، فشرع رجل فى السعى لرده ثم نادى بعد
السعى بنقص أو زيادة كان فسخاً للنداء الأول ، فإذا حضر العبد
استحق أجره المثل ، وكذلك إذا فسخ الملتزم وقد شرع العامل لم يكن
عمله مجاناً ، بل له أجره المثل لما عمل ؛ لأن الملتزم ورطه فى العمل ،
وكذلك إذا كان الجعل فاسداً إمّا مجهولاً أو نحو خمرٍ أو نحو
كلب فإنه تجب أجره المثل ، ولا يقال إن الكلب أو الخمر غير
متقوم فهو وإن كان كذلك ، إلا أنهما مقصودان ، بخلاف الدم
فإنه غير مقصود ، فلا يجب بدله ، فإذا فسخ العامل لم يستحق لما عمل .

وقوله : (ويُنْقَضُ بنقص عمل ، كأن رد من أقرب ، أو أعين
مُعِينٌ ، لا له ، أو مات^(٤) ملتزم أو من علم) .

أى : إذا جَعَلَ له جُعَلاً عن شئٍ يحصله بعمل أقل نقص من

(١) جواهر البحر مختصر كتابه البحر المحيط شرح الوسيط .

(٢) له شرحان على المنهاج الأول « غنية المحتاج شرح المنهاج » والثانى « قوس المحتاج شرح المنهاج » .

(٣) البسيط للإمام الفزائى وهو أصل الوسيط له أيضاً وكلاهما للفزائى .

(٤) وخرج بمات ما لوضعه الأب مثلاً من الإتمام فله أجره مثل ما عمل لأن الدم فسخ أو كالفسخ / م .

أَجْرُهُ بِقَدْرِهِ ، كما إذا شرط رده من بلد فرده من بلد أقرب فله من المسمى قسطه ، وكذلك إذا التزم لمعين فشاركه في رده غيره ، فإن قصد معاونته فلا أثر لها ، وإن قصد به المالك لم يستحق عليه شيئاً ، ولم يستحق من أعين إلا نصف الجعل ، لأنه عمل النصف فقط ، وكذلك إذا مات الملتزم وقد قطع بعض المسافة ثم أوصله إلى الوارث ، استحق قسط ما عليه بخلاف ما إذا ردَّ الآبق إلى بعض الطريق ثم مات الآبق ، أو العامل ؛ لأنه لم يتم العمل ، ولو أعلم الصبي الملتزم الجعل في تعليمه فمات في أثناء العمل وجب له قسط عمله ، والفرق بينه وبين موت العبد ، أن العمل وقع هنا مُسَلِّماً ، بخلافه في العبد ، ولو بنى بعض الجدار فانهدم ، أو خاط بعض الثوب فاحترق فلا شيء له ، هكذا قالوا ، وقد يقال إنه وقع مُسَلِّماً .

وقوله : (وحلف مُنْكَرٌ مُوجِبُهُ ^(١))

أى : إذا تنازع المالك والعامل ، فادعى العامل ما يستحق به الجعل ، وأنكره المالك صدق المالك بيمينه ، كما إذا قال : شرطت لى جعلاً فأنكره ، أو قال : شرطت الجعل في رد هذا العبد الذى رددته أو قال بل شرطته برد الآخر ، أو قال رددته فقال المالك ما رددته ولكنه جاء بنفسه ، أو رده غيرك ، فالقول قول المالك في ذلك كله .

(١) وهو المالك وصدق لأن الأصل براءته وعدم الشرط ، أو بلوغ النداء صدق العامل ، وخروج بموجبه اختلافهما في قدر جمل أو مردود ، فإنها بعد فراغ العمل ، والتسليم ، وقبل فراغه ، إن وجب قسط يتحالفان ، وبفسخ وتجب أجرة المثل ، / ف .

احياء الموات

وقوله : باب (١) يَمْلِكُ مسلمٌ مواتَ إسلام ، لم يعمر فيه ، وإن أعلم وأقطع بمعدن مجهول ، وكل موات كُفِّرَ لا مُسْلِمٌ أَنْ حَمَى .

أى أعلم أن الموات يملك بالإحياء ، لقوله (٢) صلى الله عليه وسلم «من أحيا أرضاً ميتة فهي له» ثم إذا كان المُحْيِ مسلماً جاز أن يحيى كل موات بأرض الإسلام ، إذا لم يوجد عليه أثر عمارة إسلامية ، فإن وُجد لم يجز إحياءه وسواء كان العامر له مسلماً أو ذمياً ، فإن كانت العمارة جاهلية لم يؤثر على الأصح . فإن لم يوجد عليه عمارة بل هناك محجر كرجل هم بإحيائه فأعلم عليه علامات ، أو أقطع إياه الإمام فإنه يكون أحق بعمارة ما أعلم أو أقطع ، لكن إذا جاء غيره وأحيا وهو عالم أو جاهل ملكه ، أو بطل اختصاص المتحجر ، وإن ارتكب مالا يجوز كما لو أدخل في سوم أخيه ، وإذا ملك أرضاً بإحياء ، ثم ظهر فيها معدن كان مجهولاً ملكه تبعاً للأرض ، وسواء كان المعدن ظاهراً كالنפט والملح أو باطناً كمعدن الذهب والفضة ، لأن من أحيا أرضاً ملك سائر أجزائها ، وما ذكره في العزيز والروضة من أن المعدن الظاهر لا يملك بالإحياء ، يعنى ما قد ظهر ، وأعلم أنه

(١) في إحياء الموات وتوابعه وهو سنة للنص على أن فيه أجراً ، والموات الأرض التي لم تعمر ، أو عمرت جاهلية ، ولا هي حريم الميمور ، ويكفى عدم تحقق عمارة ، وإن لم يتحقق عدوها ، بأن لا يرى أثرها ، ولا دليل عليها ، من نحو أصول شجر ونهر وجدار وأوتاد ، ثم هي إما أرض الإسلام أو الكفر ، والأول يختص بإحياءه بالمسلم بخلاف الثاني / ف .
(٢) رواه احمد وأبو داود والترمذي وحسنه ، وتماه « وليس لعرق ظالم حق » بتكوين عرق وظالم ص ٣٠٢ هـ
نيل الأوطار وقال ريبة : العرق الظالم يكون ظاهراً ويكون باطناً ، فالباطن ما احتفره الرجل من الآبار أو استخرجه من المعادن والظاهر ما بناه أو غرسه ، ونحو غيره العرق : الظالم من غرس أو زرع أو بناء أو حفر في أرض غيره بغير حق ولا شبهة / م .

صار مشتركاً بين الناس . وقال في المهمات محله إذا كان معلوماً ، فإن لم يكن ، ففي المطلب ^(١) عند الإمام أنه يملكه بالإجماع وأنه أَصَحُّ الوجهين في التهذيب للبغوي . وما عدا ذلك فيملك ، ذكره في المذهب والتنبيه ^(٢) والماوردي ، ويدل عليه قوله في العزيز والروضة ، إذا باع أرضاً وفيها معدن ظاهر ، كان له حكم الماء ، وفي البئر فيجوز بيعه ، فدل على أنه يملك عنده ، وإن كان المعدن معلوماً لم يملك بالإحياء إن كان ظاهراً كالنفط وأحجار الرحي والكبريت والقطران والقار ، والمومياء قطعاً ، وكذا إن كان باطناً على الأصح ، ولو أحياء بقعة لم يملكها على المذهب ، كما ذكره في العزيز والروضة ، ونقله عن الإمام . ويجوز للمسلم والكافر إحياء موات بلد الكفار ، ولكن إذا كان المُحْيِ مسلماً ، وكان ذلك فيما يذب الكفار عن المسلمين لم يملكه المسلم بالإحياء ، ويملكه الكافر .

وقوله : في الحاوي ^(٣) : موات الإسلام وإن عُمِّر جاهلية ، أو أعلم أو أقطع ، يملكه المسلم بمعدن يظهر جوهره فيه أمور .

أحدها قوله وإن عُمِّر جاهلية أو أعلم أو أقطع ، يوهم أنه إنما يملك إحياء المتحجر ، إذا لم يجتمع فيه الإعلام والإقطاع ، وهو وجه ، والأصح أنه يملك بالإحياء . وإن اجتمع فيه كما ذكره في العزيز والروضة .

(١) المطلب للشيخ نجم الدين أحمد بن محمد المعروف بابن الرفعة المتوفى سنة ٧١٠ هـ رسالة شرح به الوسيط للإمام الغزالي حجة الإسلام .

(٢) التنبيه في الفقه الشافعي للشيخ أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي الشافعي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ وهو أحد الكتب الخمسة المتداولة بين الشافعية وأكثرها تداولاً كما صرح به النووي في تهذيبه وله شرح كثيرون منهم الإمام النووي سماه « التحرير » ج ١ / ٣٥٠ كشف الظنون .

(٣) وفي ج « موات الإسلام وإن عُمِّر جاهلية . أو أعلم أو أقطع يملكه المسلم بمعدن يظهر جوهره بالمعاجة » .

والثاني^(١) : قوله بمعدن يظهر جوهره بالمعالجة لم يفرق بين كونه معلوماً أو مجهولاً والصحيح أن المعلوم لا يملك بالإحياء .

الثالث : مقتضى كلامه في المعدن الظاهر وهو ما يظهر جوهره من غير معالجة أنه لا يملك إذا كان مجهولاً وليس كذلك بل يملك كما بيناه أولاً .

وقوله : بتحويط ونصب باب ، لزريبة مع سَقَف بَعْض لمسكن ، أو غَرْس لباغ^(٢) ، وَبِنَحْو زَبْرٍ^(٣) وتسوية وَحَرثٍ لمزرعة ، وتهيئة ماءٍ احتيج لهما .

أى ويملك الموات بتحويط ونَصْب باب لزريبة ، وهذا نوع مما يحصل به الإحياء ، والزريبة وهى التى تجعل للمواشى ، ولابد أن يجعل لها باباً على الأصح ، وإن أراد السكنى لم يكف التحويط والباب ، بل لابد معه من تسقيف شئ من المسكن ليصلح للسكنى ، وإن أراد أن يجعلها بستاناً ، فلا بد مع التحويط ونصب الباب من الغرس فى الباغ ، ومن تهيئة المياه كالزراع وإليه أشار بقوله : تهيئة ماء احتيج لهما للبستان ، والمزرعة ، وإن أراد أن يجعلها مزرعة فلا بد من تهيئتها للزراعة بالحرث وكسح المرتفع وتسويتها وزَبْرُها وهو جمع التراب ،

(١) فى (ب) « الثانى قوله : بمعدن : يظهر جوهره بالمعالجة ، لم يفرق بين كونه معلوماً أو مجهولاً والصحيح أن المعلوم لا يملك بالإحياء » .

(٢) أى بستان باللغة الفارسية لتوقف اسمه على ذلك أى الغرس ، ويكنى غرس بنفسه فى إطلاق اسم بستان (باغ) عليه بخلاف المزرعة لا تتوقف على الزرع بل التسوية وضم المنخفض وكسح المستعمل وتسوية المنخفض م / .

(٣) زبر بزى فوحدة فراء كضرب واصله على البئر بالحجارة ، وأراد به جمع تراب ونصب نصب وشوك وحجر حول الأرض وتسوية لها بضم المنخفض وكسح المستعمل وحرث لتوقف الزرع عليه ، م / .

حولها ، أو رصف حجارة ، أو سُورٍ ونحوه على قدر الحاجة ، وتهيئة الماء إن احتاجت إليه ويكفى أن يحفر مجراه وإن لم يَسْقَهُ إليها وإن كان يكفيها ماء المطر إلى تهيئة ، ولا يحتاج إلى أن يزرع ، بخلاف البستان ، والفرق أن الأرض بتهيئتها للزراعة ، تُسَمَّى بالزراعة وإن لم يزرع ، ولا يسمى^(١) باغ حتى يغرس ، وقوله في الحاوي^(٢) بالتحويط إلى آخره فيه أمران :

أحدهما : في المزرعة لجمع التراب حواليتها وتهيئة الماء ، ولابد مع ذلك من الحرث ، وتبيين وتسوية الأرض منها والمرتفع يسقط الماء عليها .

الثاني ، قوله مع غرس الباغ مع تَسْقِيفٍ بعض المسكن . وقال القونوي : ولم يأت بالعطف لأنه لو عطف عليه لاقتضى توقف إحياء المسكن على ذلك انتهى ، وليس كذلك بل لو عطفه بواواته ، وقال مع غرس الباغ ، وتسقيف بعض المسكن ، لأفاد ما أراد بلا تكلف .

وقوله : ولا يُحْيِي مَوَاقِفَ حَجٍّ ، وحريم معمور ، كناد ، ومرتكض ، ومناخ لِقَرْيَةٍ ، ومكان دولاب ومتردد بهيمة لبئر وممر ، ومطرح تراب وثلج ، وماء ميزاب للدار ، وما يُنْقِصُ حَفْرُهُ ماءً قناة .

أى ولا يجوز لأحد أن يحيى شيئاً من مواقف الحج كعرفات

(١) أى لا يسمى بستاناً (باغاً) حتى يغرس فيه ما يريد له من نخل وشجر وغيره / م .

(٢) ح « بالتحويط وتعنيق باب الزريبة مع غرس الباغ مع تسقيف بعض المسكن » .

ومزدلفة وَمِنَى ، كما جَزَمَ به النووى فى زوائده فى المنهاج والروضة
بحثا وعبر عنه فى تصحيحه بالأصح ، واقتصر فى الحاوى على عرفات
فقط ، فمن أحياء فى هذه المواقف شيئا لم يملكه ، ولا يحيى حريم
المعمور ، لأنه من مرافق المعمور ، والحريم كنادٍ وهو مجمع الناس
حوالى القرية ، وكذا مرتكض الخيل ومناخ الإبل ، فهذه أشياء
لحريم القرية الذى يرتفقون به ، لا يجوز لأحد إحياءه ، وليس
مراده بذكر هذه الثلاثة الحصر ، فإن الكاف فى قوله كَنَادِمَع ذلك ،
بل المحتطب والمرعى من مرافق القرية أيضاً ، ومن حفر بئراً فى موات
ملكها وملك حريمها ، وهو موضع الدولاب ومتردد البهيمة ، إن كان
الاستيفاء بهما ، وإلا فالموضع الذى يقف فيه النازح وكذا موضع
الدولاب ، الذى يجمع للسقى ، والأحواض التى يصب فيها الماء ،
وأما الآبار التى تحفر للقناة فلا تحتاج إلى الدولاب ، ومتردد البهيمة ،
فحريمها الأمكنة التى لو حفرت فيها آبار لِقَنَاءٍ أُخْرَى لنقص ماؤها
أو خِيفَ انْهِيَارُهَا . ولو أحياء رجلان مكانين متقاربين للسكنى وملكاهما ،
ثم حفر أحدهما بئراً فى ملكه فللآخر أن يَحْفِرَ فى ملكه بئراً وإن
نقص ماء الآخر ، لأن حريم البئر إنما تملك بالإحياء ، وملك الغير
لا يملك بالإحياء ومن أحياء داراً ملك حريمها ، وهو المرفلاب لها منه ،
ولا يعنى استحقاق الممر قبالة الباب على امتداد الموات ، بل يجوز لغيره
أن يحيى قبالة بابه إذا بقى له ممر ، ومطرح التراب والثلج والرماد
والكناسات وتنصيب الميزاب ، وهذا كله من حريم الدار ، وهذا
الحريم إنما يتصور فى موات على الدار ولو من جانب ، إنما المحفوفة

بالأملاك ، فلا حريم لها ، بل الأملاك متعارضة في الفُرَج التي بينها وليس جعلها لأحد أولى من جعلها للآخر ، إلا أن يظهر اختصاص بفرجة قبالة الباب لا يعارضه فيها باب آخر ، والدار في الطريق النافذ لا حريم لها ، لأن الطريق لعامة المسلمين .

وقوله : وله أن يُحدثَ في ملكه حَدَادًا ، لا يضر بجدار ، وَدَبَاغًا^(١)

أى وله أن يتصرف في ملكه متى شاء ، جرت به العادة أم لا ، فله أن يحدث في داره حداداً وقصاراً ، وهذا عند الأمن على جدار الجار ، من الإزعاج والاضطراب ، إما لبعد أو لإحكام جدار نفسه ، ويجوز أن يتخذ في داره مدبغة وإن ضرَّ بالجار رائحته هكذا نصوا عليه فمنعوه مما يضر بالملك لا بما يضر بالمالك ، وقد اختاره الروياني في مثل هذا أن يجتهد الحاكم ويمنعه عند ظهور قصد التعيب والفساد ، ولو حفر بئراً أو بالوعة يفسدها بئر جاره كره ولم يمنع .

وقوله : وَيَتَحَجَّرُ مَا يُطِيقُ إِحْيَاءَهُ ، بِإِعْلَامٍ أَوْ إِقْطَاعِ إِمَامٍ ، أو استيلاء على ما حماه كفار وقُدِّمَ به^(٢) ، فَإِنْ أَهْمَلَ^(٣) وَأَطَالَ ، نُوزِعَ ، ولا يباع مُتَحَجَّرٌ .

أى ويصير المتحجر أحق من غيره مما أعْلَمَ عليه من الموات ليعمره إن كان قدراً يطيق أن يعمره ، وكذلك إذا أقطعه الإمام من الموات شيئاً أفاده المتحجر وإن لم يُعْلَمْهُ بعلامة ، وكذلك إذا استولى الْغَانِمُونَ

(١) وحاماً أو طاحوناً بين مساكن حكمه كذلك ، / ف .

(٣) هذا اللفظ (به) ساقط من (أ) وفي موضعه من (ب) .

(٢) أى بأن طال إهمال الإحياء بحيث يمضى زمن يمكنه الإحياء فيه وعد طويلاً عرفاً ولم يكن له عذر / م .

قَلُّوا أَوْ كَثُرُوا عَلَى مَوَاتٍ يَمْنَعُهُ الْكُفَّارُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ لَمْ تَصِرْ غَنِيمَةً لِأَنَّ الْغَنِيمَةَ مَا يَمْلِكُهُ الْكُفَّارُ ، وَالْمَوَاتُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لَهُمْ ، إِلَّا أَنْ أَهْلَ الْغَنِيمَةِ يَصِيرُونَ أَحَقَّ مِنْ غَيْرِهِمْ بِمَا يَقْدِرُونَ عَلَى إِحْيَائِهِ مِنْهُ ، وَمِنْهُمْ أَهْلُ الْخُمْسِ فِي خُمْسِهِمْ أَوْ فِي الْكُلِّ إِنْ أَعْرَضَ الْغَانِمُونَ ، أَوْ إِنْ أَعْرَضَ أَعْرَضَ الْكُلِّ ، فَلِكُلِّ مِنَ الْمُسْلِمِينَ إِحْيَاؤُهُ . هَكَذَا نَقَلَهُ فِي الرُّوضَةِ ، ثُمَّ الْمُتَحَجَّرُ يُقَدَّمُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَشْتَغَلَ بِالْعَمَلِ ، فَإِنْ آخَرَ قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ : أَحْيِ أَوْ أَرْفَعْ يَدَكَ ، فَإِنْ ذَكَرَ عَذْرًا أَوْ امْتَهَلَ الْعَمَلَ مَدَّةً قَرِيبَةً يَسْتَعِدُّ فِيهَا لِلْعِمَارَةِ عَلَى مَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ ، وَلَا يَتَقَدَّرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَلَى الْأَصْحَحِ ، فَإِذَا مَضَتْ الْمَهْلَةُ ، وَلَمْ يَشْتَغَلْ بِالْعِمَارَةِ ، بَطَلَ حَقُّهُ ، وَهَلْ تَبَطَّلَ لَطُولُ الْإِمْهَالِ . مِنْ غَيْرِ رَفْعٍ إِلَى السُّلْطَانِ ؟ قَالَ ، الْإِمَامُ وَأَبُو إِسْحَاقَ^(١) يَبْطُلُ ، لِأَنَّ الْمُتَحَجَّرَ ذَرِيعَةٌ إِلَى الْعِمَارَةِ ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ . وَعِنْدِي أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ إِلَّا عِنْدَ الرَّفْعِ إِلَى السُّلْطَانِ ، ثُمَّ الْمُتَحَجَّرُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْ ، إِلَّا حَقَّ التَّمْلِكِ ، وَذَلِكَ لَا يَبَاعُ كَمَا لَا يَبَاعُ حَقُّ الشَّفْعَةِ .

وقوله : وَحَمَى وَالٍ لِنَحْوِ نَعَمِ الصَّدَقَةِ ، وَنَقَضَ لِمَصْلَحَةِ ، وَلَا يُنْقَضُ النَّقِيعُ .

أَيُّ وَيَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَحْمِيَ مِنَ الْمَوَاتِ شَيْئًا لِإِبْلِ الصَّدَقَةِ وَنَحْوِهَا ،

(١) أَبُو إِسْحَاقَ . الشَّيْخُ الْإِمَامُ أَبُو إِسْحَاقَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ الشَّيْرَازِيُّ الْفَقِيهُ الشَّافِعِيُّ الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٥٤٧٦ هـ صَاحِبُ الْمَهْذَبِ بِدَا فِي تَصْنِيفِهِ سَنَةَ ٤٥٥ هـ وَفَرَّغَ مِنْهُ سَنَةَ ٤٦٩ هـ وَهُوَ كِتَابُ جَلِيلِ الْقَدْرِ اعْتَنَى بِشَأْنِهِ فَقَهَاءُ الشَّافِعِيَّةِ وَشَرَحَهُ كَثِيرٌ مِنْهُمْ ، أَوَّلُ مَنْ شَرَحَهُ أَبُو إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمَ الْعِرَاقِيُّ بْنُ مَنْصُورٍ الْعِرَاقِيُّ وَالْإِمَامُ النَّوَوِيُّ .

ويمنع الناس من الرعى فيه^(١) ، وقد حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم النقيع «بالنون» وكان يجوز له صلى الله عليه وسلم ، أن يحمى لنفسه ، ولكنه لم يفعل ، وأما غيره فلا يجوز له أن يحمى لنفسه ، كما يجوز للإمام أن يحمى مصالح المسلمين ، وكذلك الوالى على الأصح والمصالح كإبل الصدقة والجزية والضّوال ومال الضعفاء عن الإبعاد وخیول المجاهدين ، وما حماه الإمام جاز له ولغيره من بعده نقضه بشرط المصلحة ، ولا يُنقض حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وما جاز نقضه جاز إحياءه بعد النقض ولا يجوز قبله على الأصح ، وينبغى إذا حمى أن يجعل للحمى حافظاً يمنع أهل القوة من الرعى فيه ، ويأذن لضعيف وعاجز . فإن دخل أحد من أهل القوة ورعى لم يلزمه غرم ولا تعذير ، ولكن يمنع ، وقوله فى الحاوى : ويحمى الإمام لنحو نعم الصدقة ، وينقض ، فيه أمران :

أحدهما : أنه خصّص الإمام والأصح أن الوالى حكمه .

الثانى : أنه جَوَّز نقض حمى غير رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقاً وليس كذلك ، بل إنما يجوز له عند المصلحة ، فإن كانت المصلحة فى حماه لم يجز نقضه وقيل لا يُنقض بحال مطلقاً .

(١) رواه أحمد وأبو داود والبخارى منه «لاحى إلا لله ولرسوله» وقال : بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى شرف والربذة «ص ٣٠٨» وأصل الحمى عند العرب قبل الإسلام أن الرئيس منهم كان إذا نزل منزلاً لا يخصصه استعوى كلباً على مكان عال فإلى حيث انتهى صوته حماه من كل جانب فلا يرعى فيه غيره ، ويرعى هو وغيره فيما سواه ، والحمى هو المكان الحمى وهو خلاف المباح ومعناه أن يمنع من الأحياء فى ذلك الموات ليتوفر فيه الكلأ وترعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها ، والنقيع بالنون وهو مكان على عشرين فرسخاً من المدينة المنورة وقدره ميل فى ثمانية أميال ذكر ذلك ابن وهب فى موطنه وذكره الشوكانى فى نيل الأوطار ، والربذة مكان معروف بين مكة والمدينة وحماه عمر رضى الله عنه لنعم الصدقة وشرف : مكان قرب مكة . ص ٣٠٩ » نيل الأوطار .

وقوله : (وجازَ في شارعٍ جلوسٌ للاستراحة ، ومعاملة ، إن اتسع ،
وسابق إليه وإلى مسجد لتعليم قرآن ، وعلم أحق ، وإن طال ما لم يترك ،
أو يغيب غيبة تقطع إيلافه ، ولصلاة فيها وإلى رباط ما لم يترك
أو تطل غيبة) .

أى : ويجوز الجلوس في الشارع للاستراحة والمعاملة وهى اكتساب
بالعمل وغيره وإن كان موضوعاً للاستطراق ، ويجوز ذلك إذا كان
واسعاً لا يضيق الجلوس فيه على المارة ، فمن سبق إليه ، فهو أحق
به ، وكذلك من سبق إلى مسجد يجلس في المجلس لتعليم القرآن
وتدريس فهو أحق بذلك الموضع مادام يتردد إليه لتعليم وتدريس
وإن طال المقام ، ما لم يترك الجلوس فيه ويزهد فلو غاب لحاجة ثم
غاب ليومين أو ثلاث فهو أحق وإن غاب غيبة طويلة بحيث يئس
منه من كان يعامله أو يتردد إليه حتى الطلبة ، وينقطعون عن تعهده
صار غيره أحق أن يسبق إليه . والسابق إلى مكان في المسجد للصلاة
أحق به من غيره من تلك الصلاة^(١) ، وليس المراد أن لغيره إقامته ،
منه بعد الفراغ من الصلاة بل هو أحق به ما لم يقم حتى لو وقف إلى
وقت صلاة أخرى ، فاستحقاقه فيه باق وإنما المراد أنه لو قام قبل
الصلاة في حاجة ثم رجع إلى مكانه قبل أن تقام الصلاة كان أحق
بموضعه ، بخلاف ما إذا قام بعد الفراغ من الصلاة ثم عاد أو قام قبل
الصلاة بغير حاجة ، وكذلك من سبق إلى رباط يسكنه فهو أحق به ،

(١) وفيما بعد حتى يفارق السابق إلى محل من المسجد أو غيره . م .

فإن تركه زاهداً فيه أو على غيبة طويلة فإن السابق إليه بعده أحق بالوقوف فيه ، وإن غاب لحاجة ثم رجع فهو على استحقاقه ، وقوله في الحاوى^(١) هنا أمران :

أحدهما : قوله حتى يترك الحرفة أو ينتقل لو اقتصر على قوله : حتى يترك لاستغنى عن ذكر الحرفة والانتقال .

الثانى : قوله فى الرباط وإن [غاب]^(٢) لحاجة وأطلق ولا بد من تقييده بعدم الإطالة كما فى العزيز والروضة .

وقوله : (وإلى معدنٍ مباح ، بقدر حاجته ما لم يُطَل) .

أى : ومن سبق إلى معدن مباح فهو أحق بموضعه منه فلا يزعج^(٣) عنه إلا إذا طال الوقوف وزاد على العادة ، هذا هو الأصح ، وقيل لا يزعج وإن طال كقاعد الطريق ، قال الرافعى : ويمكن أن يكون الفرق شدة الحاجة إلى نيل المعادن ، ولا يخفى أن الاعتبار السابق إنما يكون عند ضيق المعدن ، أما إذا اتسع فكل يأخذ من جانبه .

وقوله : (ويسقى الأعلى لا حادِثٌ ضيقٌ ، من ماءٍ مباح كالعادة ، وحرّم منعه وملك بإيقاء ، وإن جاء معاً وضاق أقرع) .

أى : والأعلى^(٤) أحق من الأسفل بالسقى من الماء المباح كماء

(١) وفى ح « وفى المسجد لتعليم القرآن والعلم حتى يترك الحرفة أو انتقل أو فارق وانقطع إيلانه وللصلاة فيها وفى الرباط وإن غاب لحاجة » .

(٢) لفظ (غاب) فى (ب) وساقط من (أ) .

(٣) يقال : أزعجه عن موضعه إذا أزلت عنه (المصباح) .

(٤) دليله حديث عبادة « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فى شرب النخل من السبل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك الماء » . . . الخ . رواه ابن ماجه وعبد الله بن احمد ص ٣٠٧ - ٥ نيل الأوطار .

الأودية والأنهار وكذلك العيون النابعة من مواضع غير مملوكة ، ولا يجوز لمن هو أسفل منه مزاحمته ويسقى كالعادة ، وإن كان يكفيه بلوغ الماء إلى الكعب منع الزوايد ، وإن كان لا يكفيه إلا بلوغه الجدار لم يمنع ، ولا يسقى من هذا الماء من أحدث إحياء أرض وضيق على السابقين ، ثم هذا المباح لا يملكه إلا من أخرزه في وعاء ، وقيل الماء لا يملك^(١) والأصح خلافه ، ولو دخل هذا الماء المباح إلى ملك إنسان صار أحق به ، ولم يجز لغيره الأخذ منه لأن دخول ملك^(٢) بغير إذنه لا يجوز ، فإن دخل وأخذ منه شيئاً ملكه بإحرازه ، وإن ورد اثنان على ماء مباح وضاق عنهما وتنازعا فالسابق أولى ، وإن استويا أقرع بينهما ، ولا يخفى أن العطشان أولى على كل حال ، وقوله في الحاوى :^(٣) فالأعلى يسقى من ماء جرى بنفسه إلى قوله : أقرع فيه أمور :

أحدها : أن قوله من ماء جرى بنفسه مقتضاه أن كل ماء جرى بنفسه من غير أن يجريه أحدٌ مباح ، وليس كذلك ، بل ذلك إذا نبع من موات ، أما إذا نبع من أرض مملوكة فهو لصاحبها يخص به من شاء .

(١) دليله حديث أبي خراش عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلا والنار » رواه أبو داود وأحمد ورواه ابن ماجة من حديث ابن عباس ، وزاد فيه وثمته حرام » ص ٣٠٥ هـ نيل الأوطار والأصح ما ذهب إليه المؤلف وغيره من الشافعية أن الماء المحرز يملك وقال من أتلغه لزمته قيمته على التالف بشئ في مكان التلف ، ولا يجوز أخذه مثله إلا في مكان التلف ، ولو قدم المثل على الشط لم يقبل المثل ولزمته القيمة ولا يقبل منه المثل ، م / .

(٢) يريد ملك الغير بغير إذنه ، م / .

(٣) وفيه « فالأعلى يسقى من ماء جرى بنفسه إلى الكعب ويسرح ويمنع من قطع منه والمحرز منه طرف ملك وإن تصادف اثنان وضاق أقرع » .

الثانى : قوله إلى الكعب . ثم . شرح ليس على إطلاقه . بل ذلك إذا كان فى أرض يكفيها ذلك ، وأما الأرض التى لا يكفيها إلا بلوغ الماء إلى الجدار كزراع اليمن ، فلا بد من بلوغ حد الكفاية .

الثالث : قوله . وإن صادف اثنان ، صوابه وإن جاء معاً ، فإن المصادفة فى اللغة تقتضى التعاقب كما أفاده النووى وإنما تبع المصنف فيه الغزالى .

(وقوله : وقدم ببئر حفرها رفقاحتى يرتحل ، ووجب بذل فضل بئر ، لمُستقي ، وحاجة^(١) ماشية ، وثم مرعى^(٢) لا لزرع^(٣) ، وشركة نهر ، بحسب عمل) .

أى : فإذا أنزل المسافرون منزلاً وحفر به أحدهم بئراً ليرتفق بها مدة نزوله فهو أحق بها ما دام فى المنزل حتى يرتحل منه ، بخلاف ما إذا حفر بئراً لمصالح المسلمين فإنه يكون فيها كأحدهم ، وإن حفر بئراً لنفسه فى ملكه أو فى موات بقصد التملك فماؤها ملكه ، فيجب عليه أن يبذل الفاضل عن حاجته لمن يستسقى من المارة وكذلك المقيم

(١) محل وجوب بذله لها إن كان حيواناً محترماً لغيره ، وإن أقام غيره ، ثم لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تمنعوا فضل الماء فتمنعوا به الكلأ » ص ٣٠٣ هـ نيل الأوطار أى من حيث أن الماشية إنما ترعى بقرب الماء ، فإذا منع فقد منع من الكلأ ، ويلزمه مع ذلك تمكينها من ورود البئر ، إن لم يضر به ، قال فتح الجواد أيضاً وكذا حاجة زرعه وشجره ، بعد كفاية ماشيته وزرعه ولم يتضرر بذلك ، / ف .

(٢) مرعى مباحاً ولم يجد ماء مبدولاً له ، مباحاً أو مملوكاً ولم يحزره فنحو إناء ، وإلا لم يجب ، ولا يجب بذل فضل الكلأ ولا إعاقة آلة الاستقاء ، / ف .

(٣) لغير فلا يجب بذله وفارق الماشية بجرمة روحها ، وما يجب بذله ، لا يصح بيعة النوى عنه بخلاف بيع الطعام للمضطر / ف .

على الأصح ، ولماشية غيره ، لقوله صلى الله عليه وسلم^(١) : « من منع فضل الماء ليمنع به الكلاً منعه الله من فضل رحمته » ، وإنما يجب بذله لها إذا كان عند بثره مرعى فإنه يكون بمنعها إياه مانعاً من الكلاً متعرضاً لنهيهِ صلى الله عليه وسلم ، وكذلك إذا كان هناك ماء مباح يكفيها لم يجب عليه بذل فضل بثره ، ولا يجب بذل فضله لحاجة زرع وإنما تجب في الماشية لحرمة الروح ، واعلم أنه إنما يجب بذل فضله وذلك بعد كفاية ماشيته وزرعه ، ويحرم عليه أخذ العوض في ذلك ، وإن اشترك جماعة في حفر قناة أو بثر ، اقتسموا الماء بينهم على قدر أعمالهم ، لا على الرؤوس ، وقوله في الحاوي^(٢) : وفي المملوك بذل الفاضل للماشية ، فيه أمور :

أحدها : أنه خصص الماشية ، والأصح أنه إذا أراد قوم أن يسكنوا عنده وجب عليه ، أن يبذل فضل الماء ليستقوا منه .

الثاني : أنه لا يجب عليه ، إلا إذا كان عنده مرعى للماشية وإلا فلا يجب عليه كما نصوا عليه .

الثالث : أنه لا يجب أيضاً إلا إذا احتاجت الماشية ولم يجد ماء مباحاً .

(١) هذا الحديث رواه أحمد عن عمر بن شعيب بلفظ « عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من منع فضل مائه أو فضل كله منه الله عز وجل فضله يوم القيامة » ص ٣٠٤ هـ نيل الأوطار .

(٢) وفي ح « وفي المملوك يبذل الفاضل للماشية لا للزرع وشركة القناة بحسب العمل » .

الوقف

وقوله : (باب^(١)) صحة وقف أهل تبرع ، بوقفت ، حبست ، سبّلت ، تصدقت صدقة محرمة أو موقوفة أو لا تباع ، أو لا توهب ، وجعلته مسجداً ، أو بكناية كحرمته أو أبدت ، أو تصدقت إن عم وإلا فنوع هبة) .

أى : أن الوقف قربة مندوب إليها ويسمى وقفاً لما فيه أو من وقف المال على جهة وقطعه من غيرها ، والأصل^(٢) فيه الحديث أن عمر رضى الله تعالى عنه ملك مائة سهم من خيبر . فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أصبت مالاً لم أصب مثله قط وقد أردت أن أتقرب إلى الله تعالى فقال صلى الله عليه وسلم : حبس الأصل وسبب الثمرة « ثم لا يصح الوقف إلا من أهل التبرع لأنه تبرع . ولا يصح من الصبي والمجنون والمحجور عليه ولا من وليه ، ولا بد من

(١) فى الوقف ، مصدر وقف ، وأما أوقف فلفظة تميم ، رديئة ، وهو لغة الحبس وشرعاً حبس مال يمكن الانتفاع مع بقاء عينه ، لقطع التصرف فى رقبته على مصرف مباح ، وجهة ، كذا عبر به بعضهم ، والأولى حذف آخرتين بجهل لإيهامه وعدم الاحتياج إليه ، لشول ما قبله . وهو قربة ، مندوب إليها ، فقد حمل العلماء الصدقة الجارية المستمرة الثواب بعد الموت عليها ، وأول من وقف فى الإسلام عمر رضى الله تعالى عنه بمشورته صلى الله عليه وسلم . ثم تتابع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين على ذلك حتى زادوا على الثمانين ، وأركبته أربعة ، الأول الوقف وشرطه صحة تبرعه فحينئذ قال : صحة وقف وأهل الخ / ف وزاد غيره على صحة التبرع أن يكون مختاراً ، وموقوف أشار إليه بقوله : فى ذلك معين ، وذكر شروطه ، وموقوف عليه ، وأشار إليه بقوله . على أهل تملك . وذكر شروطه أيضاً . والراى العيفة بالفاظها التى أشار إليها وقفت حبست الخ .

(٢) وقوله تعالى « لن تنالوا البر - تنفقوا مما تحبون » آية ٢٠ من سورة آل عمران فإن أباً طلحة لما سمعها رضى فى وقف يبرئ أحب أمواله إليه ، وخبر مسلم « إذا مات العبد انطلق عمله إلا من ثلاث » صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له » ص ٢٠ - ٦ نيل الأوطار والصدقة الجارية محمولة عند العلماء على وقف كما قاله الرافعى وذكر إليه المؤلف ، وحديث عمر الذى ذكره المؤلف رواه الجماعة ولفظه بخارى ، ص ٢٠ - ٦ نيل الأوطار ، والحد . أن عمر رضى الله تعالى عنه الحديث ص ٢٠ - ٦ نيل الأوطار .

صيغة فلو بنى بناء على هيئة المسجد وصلى فيه لم يصح سجداً ، أو لو أُذِنَ فى الدفن فى أرضه لم تصر مقبرة دفن فيها أم لا ، وصريح الوقف هى الألفاظ المذكورة فى الأصل وفهم من التقييد بلفظ تصدقت بقوله صدقة محرمة أو موقوفة أنه لا بد من إحدى هذه الألفاظ المذكورة مفهماً ، ولا يكون صريحاً إلا بها لأنه لفظ موضوع للتملك ، فإذا أقرن به أحد هذه الألفاظ صرفه إلى الوقف ، وفهم منه أن قوله جعلت هذه البقعة مسجداً كقوله وقفت هذه البقعة مسجداً ، أو وقفتها لصلاة المصلين ، وخالف البغوى وجماعة ، فقالوا لاتصير البقعة مسجداً بجعلها مسجداً قال ابن الرفعة هذا الخلاف إذا لم يكن نية وإن نوى صار مسجداً قطعاً ، وأما الكناية فهى كقوله حرمت هذه البقعة للمساكين وكذلك أبدتها ، وهى محرمة أو مؤبدة للمساكين ، فهذا اللفظ لا بد معه من النية لأنه لم يجز فى الوقف إلا مؤكداً لغير مستقل بنفسه ، بخلاف حبست وسببت لكثرة استعمالهما مستقلين واشتعارهما ، شيوعاً وعرفاً ، وأما لفظ تصدقت فإن عم به ، فهو كناية كقوله تصدقت بهذه البقعة على المساكين ، فإن نوى الوقف صارت وقفاً ، ولو قال تصدقت بها على فلان ، أو على جماعة معينين ، لم يكن وقفاً وإن نوى ، بل ينفذ فيما هى صريح فيه من التملك .

وقوله : (وفى ملك معين يُنقل ويُفقد ، وهو باقٍ ولو مؤجراً ، ومُدبراً ومعتقاً بصفة ، وبطل بوجودها ، لا نفسه ومكاتباً ، وأم ولد) .

أى : ولا يصح الوقف إلا فى مملوك الرقبة فيصح فى المشاع والمُقرر والعقار والمنقول من الثياب والسلاح والمصاحف والكتب : ولا يصح

وقف هذين العبدین ، ولا عبد فی الذمة ، ویصح وقف العبد الغائب
على الأصح ، ذكره فی زوائد الروضة ، ولا یشرط أن یصح نقله
فلا یجوز وقف أم الولد والمکاتب ، ویشرط أن یكون فیہ فائدة
تحصل وعینه باقية سواء كانت الفائدة منفعة کسکنی الدار وعیناً
کثمرة الشجرة ولبن الشاة ، ولا یصح وقف الدراهم والدنانیر والطعام
لأنها لا تفید وعینها باقية ، وكذلك الریاحین ، لسرعة فسادها ،
ویصح وقف العین المؤجرة ، لأن مدة الإجارة تنقضى ، فهو کوقف
الجحش الصغیر یُنْتَظَرُ ، لا الموصی بمنفعته أبداً ، ویصح وقف
المدبّر والمعلق عتقه بصفة ، ولكن إذا وجد موجب العتق عُتِقَ على
الأصح وبطل الوقف ، هذا على قولنا إن الوقف ملک لله تعالى وهو
الأصح ، أو قلنا إنه للواقف ، وإن قلنا إنه ینتقل لم یبطل إلا العتق ،
ولا یجوز أن یقف نفسه على مسجد أو رباط لا یملکها ، وقد ذکرنا
حكم المستولدة والمکاتب ، وقوله فی الحاوی : فی مملوک معین ، ینتقل
ویفید ، لا بفواته ، فیہ أمران :

أحدهما : أن القونوی قال : وقد یقال قول المصنف مملوک
یتناول المنفعة ، ولكن قوله ویفید لا بفواته یخرجها . ثم قال : وفیه
بُعْدٌ ، فلو قال : فی عین مملوكة لکان صریحاً ، والحق أن قوله یفید
لا بفواته یخرجها ویخرج نحو المطعومات ، فإن قیل فهل قیل :
إن قوله یفید یخرج المنفعة وقوله : لا بفواته یخرج الطعام ، لأن
المنفعة لا تقید ، وكلما یتحصل فیها من منفعة فهو من العین ، قلنا

لا تخرج المنفعة ، إلا بها . فإن المنفعة يجوز أن تكون عوضاً ،
فيفيدك إذا ملكتها ما تفيدك الدراهم والدنانير .

الثانى : قوله لا المستولدة والمكاتب والمستأجر ؛ مقتضاه أن العين
المؤجرة لا يجوز وقفها كما قاله القونوى ، وحكاه من صاحب المصباح
وعله بأن فائدته للمكرى كما ذكره فى الروضة وغيرها أنه يصح
وقد بيناه .

وقوله : (على أهل تملكه لا نفسه ، وبهيمة وحمل^(١)) ومرتد ،
وحربى^(٢) ، وعلى العبد نفسه^(٣) ، ومطلقاً لملكه ولا يشترط أن يأكل
منه وينتفع إلا بأجر نظر ، ولو وقف على الفقراء ، فافتقر أخذ) .

أى : يشترط فى الموقوف عليه أن يكون أهلاً للتملك ، سواء كان
معيناً أم لا ، أما المعين قطعاً ، وأما غير المعين فعلى الأصح . الثانى
حكاه الإمام عن المعظم أن المرعى فيه طريق القرية لا التملك ،
واستدرك على ذلك بكونه لا يجد استيعاب المساكين بل يجوز الاقتصار
على ثلاثة أسهم منهم ، وعن القفال^(٤) المرعى فيه طريق التملك
وهو الذى اختاره الإمام وشيخه ، وطريق أصحابه العراقيين يوافقوه

(١) وفارق الوصية بتعلقها بالاستقبال وهو تسليط فى الحال ، ومن ثم لم يصح منقطع الأول / ف .

(٢) ولو غير آلة الحرب ، لانتفاء قصد القرية ، فحين هو مقتول لسكفره ، وبه فارق صحته على زان محسن وقاطع
طريق تحتم قتله ، وخرج به الذى نعم أن ظهر فيه المصية كأن كان خادماً كنيسة التمد لم يصح الوقف عليه ، على ما جزم
به بمضمم ٨ .

(٣) نفسه لأنه ليس أهلاً للملك ، وإنما صح على الأرقاء الموقوفين لخدمة الكعبة ، ونحوها ، لأن القصد ثم الجهة
والكلام هنا فى الوقت على معين / ف .

(٤) وفى ح « على أهل تملك لاهيمة وجنين ومرتد وحربى ونفسه كشرطه أن يقضى من ريمه دينه » .

حتى أنهم ذكروا أن الوقف على المساجد والرباطات تملك للمسلمين منفعة الوقف. فعلى الوجه المشروط للقربة لا يجوز الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى ، وعلى الوجه الذى يكتفى بالتمليك يجوز .

وقال فى العزيز والروضة ، والأشبه بكلام الأكثرين ترجيح طريق التملك . إذا فهمت هذا علمت أن تفسير القنوى كلام صاحب الحاوى غير مطابق ، فإنه قال : وقوله ، على أهل تملك ، إشارة إلى الموقوف عليه ، ويشترط فيه إذا كان معيناً أن يمكن تملكه ، وليس كذلك ؛ بل قصد صاحب الحاوى التعميم ، وإنما خص المعين بالقبول فقط . ويجوز الوقف على الذى لأنه أهل التملك ، ولا يجوز أن يقف الإنسان على نفسه ؛ لأنه لا يتصور أن يملك الإنسان نفسه شيئاً يملكه ، ولا على البهيمة ، وإن قصد علفها على الأصح ، وقيل يصح ويكون لملكها ، ولا يجوز الوقف على الحمل ؛ لأنه ليس أهلاً للتمليك ، ولا على المرتد والحربى ، لأن الوقف يراد للدوام ، وهما مقتولان شرعاً ، لا بقاء لهما ، فكما لا يصح وقف ما لا يبقى ، لا يصح على من لا يبقى ، ولا يصح أن يقف على العبد نفسه لأنه لا يملك من ريع الوقف ، حتى لو استأجر أرضاً وبنى فيها بناء ، ثم وقفه ، وشرط أن يصرف الأجرة من ريعه لأنها صارت ديناً عليه . نعم لو استبقى النظر فى الوقف لنفسه وشرط أجرة لذلك جاز على الأصح ، رجحه النوى فى الروضة ، واستحق أجرة المثل ، ولو وقف على الفقراء ثم صار فقيراً جاز له الأخذ منه ؛ لأنه لم يشترط الأخذ لنفسه لكن وجدت فيه الجهة الموقوف عليها ، فأخذ منها ، وكذا

لو وقف كتاباً على المسلمين جاز أن ينتفع معهم ، وقوله في الحاوى^(١) :
إذا انتفع ، يستثنى مما إذا شرط لنفسه النظر والأجرة فيه من الوقف
فإنه يصح كما بيناه أولاً .

وقوله : (وبطل في جهة معصية ، ومعلقاً^(٢) ومؤقتاً وبشرط
خيارٍ ورجوعٍ ومُنْقَطِعٍ ابتداءً ، فيصرف مدة انقطاع غيره ،
لِلأَقْرَبِ ، إِلَى الْوَاقِفِ ، كَأَن جَهْلَ أَهْلِهِ ، وَلِغَا مَجْهُولٍ تَوَسَّطَ) .

أى : إذا وقف على جهة معصية ؛ كالوقف على عمارة الكنائس
والبيع ، ولكتابة التوراة والإنجيل ، والسلاح لقطع الطريق ، لم يصح
الوقف ، ويندب في جهة طاعة ، كالوقف على الفقراء والمساكين
والقناطر ووجوه الخيرات ، ويجوز على من يملك كالأغنياء والفساق
واليهود والنصارى ، لأن الصدقة على العاصي ليس بمعصية ، واستحسن
الرافعى جواز الوقف على الأغنياء دون اليهود ، والنصارى والفساق ،
لأن فيه إعانة لهم على المعصية ، أما إذا وقف على من يقطع الطريق
أو يتهوّد أو يتنصّر ، فإن الجهة معصية فلا يصح ، ولا يصح توقيته ،

(١) ح « كشرطه أن يقضى من ريمه دينه أو يأكل من ثماره أو ينتفع به » .

(٢) كوقفت دارى إذا جاء رأس الشهر ، كالحبة ، بخلاف وقفها بعد موتى ، فإنه منزل منزلة الوصية ، فينفذ
وصية إن خرج بعد موته من الثلث ، وله الرجوع عنه ، قال ابن الرفعة ، ويصح أيضاً جعله مسجداً إذا جاء رمضان
مثلاً لأنه يشبه التحرير ويؤيد ما يأتى في التوقيت الثانى ، التأييد كالوقف على العلماء والفقراء ، ونحوهما ممن لا ينقرض
قبل قيام الساعة ، أو ينقرض كأولاد زيد ، ولا يجب استيعاب نحو الفقراء ، بل يكفى ثلاثة من كل نوع ، وأفهم أنه لا يضر
تعليق الصرف فقط كوقفته على زيد ، ولا يصرف إليه إلا أول شهر كذا ، مثلاً ، وإلا بعد موتى وهو متجه ، وفارق
وقفته على الفقراء على أن لا يصرف إليهم إلا من ربيع السنة الأولى ، فإنه باطل ، لأنه منقطع الأول بأن الوقف فى مسألتنا
نجز ، وإنما شرط لصرف جميع ريمه وقت معلوم ، وقد يكون له فيه غرض لشدة حاجة ، أو كمال رشد ، بخلافه فى ذلك ،
فانه منع صرف ربيع السنة الأولى بالكلية بقوله : على أن يخ فائز الشرط فى صحة الوقف فلم يكن له مستحق فكان منقطع
الأول ، ومن ثم بطل وقف وقع / ف

فلو قال : وقفت عليك سنة لم يصح ، ولا تعليقه كوقوفه إذا جاء رأس الشهر ، ولا يجوز شرط الخيار ، فإن شرطه فيه لم يصح الوقف ، ولا يشترط أن يرجع فيه إذا شاء لأنه إزالة ملك ، ولا يجوز أن يكون مُنْقَطِعَ الابتداء على الأصح ، كقوله وقفت على^(١) ما سيولد لي ، وكذلك لو وقف على مجهول ، ثم الفقراء ، أو على زيد ثم على الفقراء ، وإفراد زيد وإن اتصل أوله ، كوقوف على زيد ثم سكت ، أو على زيد ثم على ورثته ما تناسلوا ففي صحته خلاف ، الأصح الصحة ، وكذا إذا انقطع الوسط كما إذا وقف على زيد ، ثم على عبد فلان نفسه ، أو بهيمة ثم على الفقراء ، فالأصح الصحة أيضاً ، وإلى هذا أشار بقوله : فيصرف مدة انقطاع غيره ، أى سواء كان في آخره أو وسطه . ثم بعد الانقطاع في المسألة الأولى وفي مدته في الثانية يصرف على الأصح إلى أقرب الناس إلى الواقف وهذا في منقطع الوسط إن أمكن معرفة مدة^(٢) الانقطاع ، وكذا إذا جهل مصرف الواقف على الصحيح ، بأن اندثرت معرفة أرباب الوقف وجهل فإنه على الأصح يُصرف إلى أقرب الناس ، إلى الواقف ، أما إذا وقف على زيد ثم على رجل مجهول ، ثم على الفقراء فإنه يصرف بعد زيد إلى الفقراء ولا أثر لهذا الانقطاع وإلى هذا أشار بقوله : ولغا مجهول توسط .

وقوله : (وعلى^(٣) هذين ثم على الفقراء ، حق ميث لباقي) .

(١) في (ب) (من) .

(٢) في (ب) « أمد » وهما بمعنى للزمان .

(٣) وخرج بهذين مالو فصل كوقوف على كل منها ، نصف هذا ، فهو وقفان ولحق مالو أو مئ مثلاً عقاراً ووقفه عليها ثم على الفقراء فأت أحدهما قبل الوقف ، فأيخصه يصرف الفقراء / ف .

أى : إذا وقف على رجلين مُعَيَّنَيْنِ ثم على الفقراء صبح ، فإذا مات أحدهما فالأصح أن نصيبه لصاحبه ، لأن انتقاله إلى الفقراء مشروط فيه موت الآخر ، والثانى أنه للفقراء وأيد الرافعى احتمالها ، وقال : القياس أن يصرف لأقرب الناس إلى الواقف ، كمنقطع الوسط .

وقوله : (وتبع شرطه فى تفضيل وتسوية ، ومنع إجارة ، وفى نظره ولو فى بعض ، فإن سكت أو فسق ناظر فللحاكم) .

أى : ويتبع شرط الواقف فى تفضيل بعض على بعض كأن قال : للذكور من أولادى ضعف ما للإناث ، أو عكسه وكذا لو شرط التسوية بينهم ، اتبع كما فى التفضيل ، وإذا شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف اتبع شرطه ، سواء منع من تأجيره سنة أو أكثر ، ويتبع شرطه فى نظره الوقف لمُعَيَّنٍ تَعَيَّنَ ولم يَجْزَ له عزله ، وعن البغوى لو قال : وقفت بشرط أن يكون التدريس لفلان أو قال حالة الوقف : جعلت تدريسها لفلان ، فهو لازم . قال الرافعى : وهذا حسنٌ فى صيغة الشرط ، غير متضح فى قوله ، وقفها وفوضت التدريس إليه . وقال النووى : هذا الذى استحسنته الإمام الرافعى هو الأصح أو الصحيح وينبغى أن تكون صورة المسألة ، كما ذكر من أطلقها فكلامه محمول على هذا انتهى . فاقضى أن يكون الأصح أن صفة الشرط لا بد منها ، ووقع فى نفسى شئ فى صحة الوقف بشرط أن يكون فلان مدرستها ، فإن فلاناً قد لا يقبلها ، فكيف يصح الوقف ، فراجعت^(١) المهمات

(١) للأسنوى شرح الروضة ص ١٤٤ ، ص ٣٤ الربع الأول .

فوجدته قد صرح بذلك وقال : راجعت فتاوى^(١) البغوى ، فوجدت تعبيره صحيحاً ، فإنه قال : إذا قال مدرسة وشرط أن يكون مدرستها فلاناً . قال : هو تعبير صحيح ، وصوره ، بأن يقول وقفت وشرطت ، وضعف توقف الرافعى فى مسألة التفويض وقال : الكلام ناجز ، قلت : ولو قال : وقفت هذه المدرسة بشرط أن لا يمنع فلان من التدريس فيها كان عقداً صحيحاً ، لا تتوقف الصحة منه على رضاه بالتدريس ، فهو كما لو ، قال : وقفت على الفقراء بشرط القرية والشيخوخة ، فإن هذا يتبع ذكره فى الروضة ، وسواء ولأه النظر فى جميع الوقف أو فى بعضه أو فى تصرفاته كلها ، أو تصرف دون تصرف ، فإن شرط أن يؤجره ولا يستوفى أو يستوفى ولا يؤجر أتبع شرطه ، وإن سكنت عن النظر ولم يزد على الوقف لم يكن له النظر ، بل يكون للحاكم . وإن شرط لنفسه كان له أن يولى من شاء ، وإن فسح الناظر سواء كان هو الواقف أو غيره صار النظر للحاكم . وقوله فى الحاوى^(٢) : وَيُفْضَلُ الذَّكَرُ أَوْ يُسَوَّى ، والتولية لعدل كاف نصيبه فيه أمران :

أحدهما قوله : وَيُفْضَلُ الذَّكَرُ أَوْ يُسَوَّى يومهم أنه لا يجوز أن يشترط تفضيل الأنثى وهو جائز . وقال فى العزيز^(٣) والروضة [والثانى قوله والتولية]

(١) فتاوى البغوى فى فقه الشافعية مشهورة والبغوى هو الحسن بن مسعود الفراء أبو محمد البغوى الملقب بمحى السنة وصاحب (الذئب) وشرح السنة والمصابيح والتفسير المسمى «مالم التنزيل» وغيرها توفى سنة ٥١٦ ست عشرة وخمسة مائة بمرور الزور دفن بها بجوار شيخه القاضى حسين ، ج ٤ / ٢١٤ طبقات الشافعية الكبرى .

(٢) وح « ويفضل الذكر أو يسوى والتولية لعدل كاف نصيبه فيعمر ويؤجر ويحصل الربح ويصرف فى مصرفه » .

(٣) وح فى العزيز والروضة هذا هو الأمر الثانى ، لأنه لم يذكر إلا أمراً واحداً أشار إليه بقوله أحدهما وترك الثانى وفى (ب) « والثانى . قوله : والتولية » لعدل كاف نصيبه يومهم أن ذلك يختص بمن نصيبه دون نفسه وليس كذلك بل هو كمن نصيبه فى اشتراط العدالة والكفاية سواء .

لعدل كافٍ نصيبه يومهم أن ذلك يختص عن نصيبه دون نفسه وليس كذلك بل هو كمن هو نصيبه في اشتراط العدالة والكفاية سواء .
وقوله : (وإن شرط لنفسه ، ولّى وعزّل ، وشرطه عدلٌ كافٍ ، فيُعْمِرُ ، ويؤجر ويستغل ويصرف وله ما شرط) .

أى : وإن شرط النظر لنفسه حالة الوقف يستحقه ، وله أن يولّى من شاء ويعزله ، وشرط الناظر العدالة ولكنها ولاية ، ووظيفة الناظر أن يعمل في الوقف ويؤجر ويجمع غلّته ويصرف إلى أربابها ، ولا يجوز له العدول عما شرطه الواقف كما سبق ، ويستحق الناظر ما شرط له ، وإن كان هو الواقف .

وقوله : (والواو للشركة ، وإن زاد ما تناسلوا ، ومع الأعلى فالأعلى ، والأقرب فالأقرب والأول فالأول ، وبطن بعد بطن ، للترتيب كُثْم) .
أى : والواو لشركة المعطوف والمعطوف عليه في الوقف فإذا قال : وقفت على أولادى وأولاد أولادى ، اشترك الجميع ، وإن زاد على ذلك ما تناسلوا ، أما إذا زاد الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول ، وكذلك بطناً بعد بطن ، اقتضى الترتيب فلا يصرف بطن الثانى مع وجود أحد من البطن الأول ، كما إذا عطف بثُمّ ، فقال : على أولادى ، ثم أولاد أولادى ما تناسلوا ، ولو قال : على أولادى ثم أولادهم وأولاد أولادهم ، اقتضى الترتيب في البطن الأول فقط ، وقوله في الحاوى^(١) : والواو لشركة : وإن زاد بطناً بعد

(١) وفي ح « والواو للشركة وإن زاد ما تناسلوا أو بطناً بعد بطن وثم الأعلى فالأعلى أو الأول والأقرب فالأقرب للترتيب .

بطن تبع فيه ترجيح الرافعي ، وتبعه النووي في الروضة ، ولكن الأكثرون على أنه للترتيب ، ونقله الرافعي عن الروياني وعن بعض الأصحاب للإمام ، قال : الإسْنَوِي وبه قطع البندنيجي ، والماوردي في الحاوي ، والإمام في النهاية ، وبه أجاب الغزالي ، واختاره القاضي الحسين في فتاويه ، وعدد طائفة ، وقال : إنه الصحيح ، نقلاً وبخناً وكذا سائر المتأخرين ، وقال صاحب البهجة ، والواو لشركة فيها معنى ، ولو ما تناسلوا ، وبطناً ، وكذا من بعد بطن ، قلت : ملأ الفقهاء - بثم بطناً بعد بطن - شبهاً إلا الرافعي ، وبثم رتباً كذلك الأقرب فالأقرب .

وقوله : ويتناول ذرية وعقب ونسل ، حافداً وحَمَلاً والولد ابناً وبنتاً ، وخنثى ، وإلا حافداً لا حَمَلاً وَمَنْفِياً ، والبنات والبنون ، خُنْثَى لا أَحَدُهُمَا ، والموالى مُعْتَقاً وَعَتِيقاً .

إذا قال : وقفت على ذريتي وعقبى ونسلي دخل فيه الحافد والحمل ، والحافد ولد البنين والبنات ، قريبهم وبعيدهم ، ذَكَرَهُمْ وَأُنْثَاهُمْ ، ومما يدل على دخول أولاد البنات في الذرية قوله تعالى (١) : «وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ» إلى أن ذكر عيسى عليه السلام ، وليس هو إلا ولد البنت . قال في العزيز والروضة : ويدخل الحمل فيوقف نصيبه لأنه من نسله وعقبه ، فإن قال وقفت على أولادي دخل البنون والبنات والخنثى ، ولا يدخل الحافد ، وهنا أحد الثلاثة المذكورين ، فإذا انفرد دخل لصيانة كلامه من الإلغاء ، ولا يدخل لأنه لا يسمى ولداً ،

(١) آية ٨٤ ، ٨٥ من سورة الأنعام .

ولا المنفى باللسان ، ولو وقف على بنيه وعلى بناته دخل فيه الخنثى ،
لأنه إما ابن أو بنت ، وقيل لا يدخل ؛ لأنه ليس ابناً ولا بنتاً ،
والأصح دخوله ، ولو وقف على البنين وحدهم والبنات وحدهن لم يدخل
الخنثى ، ولو وقف على الموالى وله مَوَالٍ من أعلى فقط دخلوا ، وكذلك
إذا اجتمع الصنفان دخلا على الأصح ، وقوله في الجاوى^(١) : ويتناول
الذرية ، والعقب والنسل ، الحافد ، إلى آخره ، فيه أمور .

أحدها : أنه اقتصر على الحافد ولم يذكر الحمل ، وهو يتناوله .
الثاني : قوله : والولدُ البنتَ والخنثى لا الجنين والمنفى ، والحافد ، .
وليس هذا في الحافد على إطلاقه ، بل ذلك إذا وُجدَ واحد من البطن
الأول ، أما إذا لم يكن له إلا أولاد الأولاد فإنهم يدخلون في اسم
الأولاد ، ذكره في العزيز والروضة .

الثالث : إذا وقف على الموالى ، ووُجد المعتق والعتيق ذَكَرَ أن فيه
وجهين ، أحدهما أنه فاسد . والثاني يصح ويقسم بينهما ، قال :
وَرُجِّحَ كل ، والصحيح الذى صححه النووى أنه يصح ويقسم ونقله
عن تصحيح الجرجاني قال الإسنوى : وصححه صاحب التنبيه
والقفال الكبير وابن القطان^(٢) والفوارنى والقاضى أبو الطيب
ونص عليه الشافعى كما نقله عنه في المطلب .

(١) وفي « وتناول الذرية والعقب والنسل الحافد والولد والبنت والإبن والخنثى لا الجنين والمنفى والحافد والبنات
البتون الخنثى لا أحد الصنفين وعلى الموالى المعتق والعتيق فاسداً ولهما رجح كل » ومع واحد له .

(٢) ابن القطان . عبد الله بن محمد بن عدى بن عبد الله بن محمد بن مبارك ، الحافظ الكبير أبو أحمد الجرجاني
المعروف بابن القطان . صاحب كتاب « الكامل » و « الانتصار » شرح مختصر المزنى رحل إلى الشام ومصر رحلتين
أولها سنة ٢٩٧ هـ سمع عبد الرحمن بن أبي القاسم لرواس وأبا عقيل أنس بن السلم وأبا خليفة والحسن بن سفيان ،
وبهلول بن اسحاق الأنبارى وأبا عبد الرحمن ابن النسائى وغيرهم وولد في سنة ٢٧٧ هـ وتوفي في جمادى الآخرة سنة ٣٦٥
خمس وستين وثلاثمائة ، ٢ / ٢٣٣ طبقات الشافعية .

وقوله : وعلى فقراء أولادى ، وأرامل بناتى ، أخذوا ، ومنعوا
بوجود الشرط وعدمه .

أى وإذا وقف على أولاده الفقراء وبناته الأرامل أخذ منه من
كان فقيراً ، ومنهن من كانت أرملة ، وهى التى لا زوج لها حتى تستغنى
وتُزوّج بمنعان ، ويمنع من كان غنياً حتى يفتقر ، ومن كانت مزوجة
حتى تبين ثم تُعطى ، وتعطى المعتدة البائنة ، لا الرجعى لأنها فى حكم
الزوجة .

وقوله : وتشترك جُمل عطف بعضها على بعض ، بواوٍ فى وصف
تقدم أو تأخر ، واستثناء إن لم يتخلل كلام طويل .

أى اعلم أن الإسنى قال : نصوا على اشتراك الجُمل المعطوف
بعضها على بعض فى صفة ، والاستثناء ، تقدماً وتأخراً ، ثم يمثلون
فى المفردات فيقولون . إذا قال : وقفتُ على محاويج أولادى وعُتقائى
وأقاربى ، أو وقفتُ على أولادى وعُتقائى وأقاربى المحاويج ، فيجعلون
المحاويج صفة للجميع ، ومثال الاستثناء . وقفتُ على أولادى
وأقاربى وعُتقائى إلا من فسق منهم ، هكذا مثله ، قال : إن الصواب
ما مثل به الإمام فى الأصول للجُمل ، كقوله : وقفتُ دارى على
أولادى ، وحبست أرضى على قرابتى ، وسبَلْتُ دابَّتى على عُتقائى
المحتاجين منهم ، وقال إذا علمت ذلك ، فلا بد من أحد المسلكين ،
إما الأخذ بمثلهم ولا يعيده فى الجمل فى الحقيقة ، وإما الأخذ بالجمل ،
ويكون عودة إلى المفردات ، من طريق الأولى ، فتعود إلى ما ورائها

من الجمل ، لأنَّ المفردات تكون معطوفة على ما أُضيفت إليه لصفة فيكون المضاف مقدراً في الكل ، وأما الجمل فكل واحدة مستقلة بنفسها ، على أنه في الروضة في الطلاق في الباب الرابع قال : في الجمل الأصح عوده إلى الأخير ، واشترط الإمام أن يكون العطف بالواو ، وأما إذا عطف بثُمَّ ونحوها فإنها تختص بما تليه ، وكذلك يشترط أن لا يفصل بين الجملتين كلام طويل كما إذا قال : وقفت على أولادى على أن مات منهم فنصيبه بين أولاده ، فإنَّ يَعْصِبُ فنصيبه لِإخوته ، فإذا انقضىوا ، فهو مصروف إلى أقاربي المحتاجين منهم فإنَّ الصفة إنما تختص بما يليه ، ولم يفرق في الحاوى بهذين القيدين وقد قيد بالواو ، والرافعى في المحرر وتبعه النووى ، في المنهاج ونقلها عن الإمام في الروضة .

وقوله : والوقف لازم يمنع تصرفاً ، نافاه ، والمسجد حر والوقف ملك لله تعالى ، نفقته في كسبه ثم في بيت المال ، إن لم يُشترط .

أى وحكم الوقف اللزوم فلا ينقض سواء قضى به قاض أم لا ، ويمنع من كل تصرف ينافى صفة الوقف وشرطه ، فلا يباع ولا يوهب ، فإنَّ شرط أن لا يؤجر ، فلا يؤجر ، والمسجد ، حر لا يملك منه عَيْنٌ ولا مَنْفَعَةٌ بخلاف غيره ، فإنَّ رقبته إن قلنا إنها غير مملوكة فمنافعه مملوكة ، وسواء قلنا الأصح أنه يجوز وقف المسجد على الشافعية أو على الحنفية أم لا ، لأنَّ اختصاص البعض بالمسجد لا يمنع كونه حراً . وأما الوقف فالأصح أن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى سواء كان على مُعَيَّن أو عاماً

وأما منافعه فمملوكة للموقوف عليه ، وأما نفقة العبد الموقوف ونحوه فمن حيث شرطه ، فإن لم يشرط فإن قلنا أنه ملك للموقوف عليه ، فنفقته عليه ، وإن قلنا بالأصح أنه ملك لله تعالى فنفقته في كسبه - إن لم يكن من بيت المال - وقوله ، في الحاوي : والوقف ملك لله تعالى وينفق الموقوف عليه ، إن لم يشترط ثم لا كسب : هذا مناف لما قاله الأصحاب ، لأنهم قالوا نفقته من حيث شرط ، فإن لم يشرط فمن كسبه ، وإن لم يكن كسبا فإن قلنا أنه ملك لله تعالى ، ففي بيت المال ، وإن قلنا أنه ملك للموقوف عليه أو الواقف ، فنفقته على حكمنا له بالملك هكذا هو في العزيز والروضة وغيرهما .

وقوله : (والموقوف عليه ، لا لنفع خاص ريع ، كولدٍ حادثٍ ومهرٍ لا وطاء ، ويزوجها قاض بإذنه لا منه) .

أى : وإذا قلنا أن الملك ينتقل إلى الله في رقة الوقف ، وأما ريعه فإنه للموقوف عليه فيملك الدر والنسل والمهر إن وطئ الموقوفة بشبهة أو تزوجت ، وهذا كله إذا لم يخص الموقوف نفعا خاصا ، فإن وقف عليه دابة ليركبها في حوائجه أو جارية لتغسل ثيابه فقط صح وبقي در الدابة ونسلها ومهر الجارية ومنافعها للواقف . وإذا وقف الجارية عليه وقفاً مطلقاً فكل منافعها للموقوف عليه حتى ولدها الحادث والمهر ، وأما الحمل الموجود حال الوقف فالأصح أنه وقف بناءً على أن الحمل يعرف ويأخذ قسطاً ، ولا يجوز للواقف ولا للموقوف عليه وطاء الموقوفة ، وإن قلنا الملك له ، لأنه ملك ضعيف . وإنما يجوز تزويجها ، من غير

الموقوف عليه لكن بولاية الحاكم وإذن الموقوف عليه ، إذ الملك فيها لله تعالى والمنافع مستحقة للموقوف عليه ، فلا بد من رضاه بتزويجها ، وإن كانت بعض المنافع للموقوف عليه وبعضها للواقف على قولنا ، يجوز ذلك فالظاهر ، أنه لا بد من إثنين ، وقوله في الحاوى : ويملك ريعه كالنتاج ، فيه أمران : ،

أحدهما : قوله ويملك ريعه وهو كما قال لكن إذا وقف عليه دابة ، ليركبها في حوائجه فقط ، أو جارية لتغسل ثيابه فقط ، فإنه لا يملك ريعها .

الثانى : قوله : كالنتاج ليس على إطلاقه ، بل هو النتاج الحادث ، وأما الحمل الموجود حال الوقف فالأصح أنه وقف .
وقوله : وإن اندرس شرط واقف سُوى .

أى : وإذا وقف وقفاً وعرف مضره ولكن جهل ما شرط لكل مستحق وإن لم تكن عادة تدل قسم بينهم بالسوية ، وقال الرافعى القياس قول بعضهم يترك حتى يصطلحوا .

وقوله : وَيُشْتَرَى بِبَدَلِ عَبْدٍ ، مِثْلُهُ ، ثم شَقِصْ وَيُوقَفْ ، وينتفع بجاف شجر ، وبيع لمصلحة مَسْجِدٍ حَصِيرٌ بِلَى ، وَدَارُهُ وَبِإِشْرَافٍ إِنْ وَقِفْتَ ، كجذعه لا هو .

أى : وإذا جنى على العبد الموقوف بقتل أو جرح ، وسواء كان الجانى الواقف أو الموقوف عليه ، فإنه يجب عليه البدل ، ويشتري بما حصل

من بدل نفسه أو عضوه عبداً إن اتسع بقيمته ، أو شقص إن نقص
أو فضل بعده شيء هذا هو الأصح ، وقيل لا يشتري بل يأخذه الموقوف
عليه ، وقيل الواقف ، وقيل يشتري مثله فإن فضل شيء لم يُشترَ
شيء ، بل يأخذه الموقوف عليه كفوائده ، وقيل أرش ما دون النفس من
جملة فوائده ، ولا بد أن يوقف العبد المشتري أو الشقص ، ولا يصير
وقفاً بنفس الشراء على الأصح ، ويشتريه الحاكم ويوقفه ، وإن نقل
في المهمات من الماوردي ، أن الجارية يزوجه من شرط له النظر
حالة الوقف ، ونقله عن شرح الوسيط^(١) ، وإذا كان هو الذي يزوجه ،
فلا يبعد أن يكون هنا هو الذي يشتري وإذا اشترى وقف ، وإذا وقف
شجراً فجف ، أو بئراً وانقطع ، فالأصح أنه ينتفع الموقوف عليه مع بقاء
عينه ما أمكن ، ولو بأن يجعله باباً إذا لم يمكن إيجارته خشباً بحاله ،
وإن صار حطباً أوقد به ، ويباع حصير المسجد إذا بلى وذهب جماله
لمصلحة المسجد ، والأولى أن يشتري به حصيراً إن أمكن ، وكذلك
يباع جذعه إذا انكسر أو أشرف على الانكسار وكان لمصلحة ،
فإن أمكن جعله أبواباً أو ألواحاً فعل في المسجد ، وإذا وقف على المسجد
داراً فخربت أو أشرفت على الهلاك وكان المصلحة في بيعها بيعت ،
وإن أمكن إصلاحها عمل بالمصلحة وهذا كله إنما يجوز بعد وجود
التلف ونحوه ، وكون البيع هو الأصلح للمسجد ، وإلا فلا يجوز بيعه

(١) شرح الوسيط المسمى « بالمحيط » للشيخ محي الدين محمد بن يحيى النيسابوري الخيوشاني شرح به الوسيط للإمام
الغزالي في ستة عشر مجلداً ووقفه بالمدرسة الصلاحية بجوار الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه . وكان الشيخ محي الدين تلميذاً
للغزالي وتوفي رحمه الله تعالى في سنة ٤٨٥ هـ ثمان وأربعين وخمسة وشرح الوسيط أيضاً الشيخ نجم الدين أحمد بن محمد المعروف
بابن الرفعة في ستين مجلداً وسماه « المطلب » . ج ٢/٢٠٠٨ كشف الظنون .

بحال سواءً انهدم وخربت المحلة وانتقل الساكنون حوله أم لا ، واعلم
أن ما هو للمسجد حصيراً وقناديل ودورا ودواب ، وإن لم يوقف عليه
جاز بيعه لمصلحته وإن لم يشرف على التلف .

الهبة (والعمره والرقبي)

وقوله : (الْهَبَةُ^(١) تَمْلِكُ مَا يُبَاعُ ، وَحَتَّى بَرٍّ ، لَا مَوْصُوفٍ فِي
الذِّمَّةِ ، بَلَا عَوْضٍ بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ مُتَّصِلٍ) .

أى : الهبة تملك فلا بد فيها من العاقلين وكون الموهوب يصح
بيعه واستثنى جواز هبة حتى بُرٍّ ، وعدم جواز هبة موصوف في الذمة ،
وإن جاز بيعه على الصحيح وقبل يكون سَلَمًا ، ولم يستثنها في
الحاوى ، وإنما يكون هبة ما حصل الملك فيه بغير عوض ، وإن قال
وهبت منه هذا بدراهم ، فهذا بيع ، وقد سبق بيانه ، ولا بد فيها

(١) الهبة أى مطلقها ثلاثة أنواع ، هبة وصلة وهدية ، والهبة المطلقة: تملك تطوع في الحياة ، فخرج بالأول
نحو العارية والضيافة والوقف وبالثاني : نحو البيع والزكاة والنفقة والكفارة ، وبالثالث الوصية لأن التملك فيها إنما يتم
بالقبول وهو بعد الموت ، ولا يرد عليه ، لو أهدى الغنى من لحم نحو الأضحية ، لأن فيه تملكاً وأن منع من التصرف فيه
بنحو البيع ، وأما الهبة التى هى أحد الأنواع الثلاثة ، فهى تملك بصيغة بلا عوض خال عما يأتى في النوعين الآخرين ،
وحيث أطلقت الهبة أى في كلام الفقهاء انصرفت إلى هذا ، وفي كلام الخالف انصرفت إلى المعنى الأعم ، فكل من هذه
الثلاثة هبة بالمعنى الأعم ، لأن الأخص يطلق عليه الأعم ولا عكس ، أى ليست الهبة بالمعنى الأعم كل واحد من هذه الثلاثة
على حدته ، لأن الأخص لا يطلق على الأعم ، ونظير ذلك إطلاق الذى على الرسول ولا عكس ، ومن ثم يبحث من حلف
لاهب بأحد لا إن عكس ، وتجتمع الثلاثة بل الأربعة فيما لو ملك لثواب الآخرة ونقله إليه إكراماً ، بصيغة ، وأفضلها
الصدقة ، وأركان الهبة أربعة العاقدان ويشترط فيها ما مر في البيع أى في البائع والمشتري نعم يعتبر في الملك أهلية التبرع
وفي الممتلك أهلية الملك ولو سفيها الثالث الموهوب وهو غالباً ما يباع فما جاز بيعه جازت هبته ومالا كنصوب من غير
قادر وغير مرقى وزرع ونمر قبل بد والصالح من غير شرط القطع فلا يجامع أنها تملك في الحياة / ف (١) ص ٣٤ ،
ص ١٤٤ ، (٢) ص ٥٧ اربع الأول .

من الإيجاب والقبول ، باللفظ^(١) متصلا ، كسائر العقود .

وقوله : (وإن وقت بعمر مُهَّب ، لا غيره كوهبت لك ، عُمَرَكَ أو أَعَمَرْتُكَ إِيَّاه ، أو أَرَقَبْتُه صَح ، وإن شرط عوده إليه بَعْدَ مَوْتِهِ أو إلى وارثه ولا يَعُودُ) .

أى : وتصح الهبة إن وقتت بعمر المُهَّب ، مثل وهبته لك عمرك ، أو مدة حياتك ، أو أَعَمَرْتُكَ هذه الأرض أو هذه الدار ، ومعناه جعلتها لك مدة عمرك فكانت العَرَب تستعمل في الجاهلية لفظين ، وهما العمرى والرقبى ، فللعمرى ثلاثة أحوال ، أحدها أن يقول : « أَعَمَرْتُكَ هذه الأرض فإذا مت فهي لورثتك » ، فتعقد هبة لأن هذه الهبة بعينها ، الثانية أن يقول : « أَعَمَرْتُكَ هذه الأرض أو جعلتها لك عمرك ولم يزد على ذلك » ، فهذه أيضاً تصح هبة ، ويرثها ورثة الموهوب له لقوله : صلى الله عليه وسلم : « العمرى ميراث لأهلها^(٢) » وعن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تعمروا طمعاً في أن يعود إليكم » وليس في توقيت التملك بالعمرى ما ينافي كونها موروثاً لعقبه ، بل شرط الانتقال إلى الوارث ، أن يملكها الموروث ، إلى آخر

(١) وهذا هو الركن الرابع من أركان الهبة ويعبر عنه بالصيغة وشرطها مامر في البيع من كونها لفظ يشعر بالإيجاب والقبول وما في معنى ذلك كنحو إشارة الأخرس . وأن لا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل ، ويعبر عنه بالمولاة بين الإيجاب والقبول ولا بد أن تكون بلفظ الهبة فلا تصح بلفظ البيع كما أشار المؤلف بقوله لاتعب بلائمين « ودليلها من الكتاب قوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » الآية ٢ من سورة المائدة ، قالوا والهبة بر ، وقوله تعالى « وأتى المال على حبه ذوى القربى » الآية ١٧٧ من سورة البقرة وقوله صلى الله عليه وسلم « لاتحقن جارة لجارتها ولو فرش شاة » وانمقد الإجماع على استحبابها لما ورد فيها من أدلة كثيرة ، منها حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لو دعيت إلى ذراع أو ذراع لأجبت ، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت » ، رواه البخارى ، وعن أم حكيم الخزاعية عند الطبرانى قالت « أتى قلت يارسول الله تكره رد اللطف قال : ما أقبحه لو أهدى إلى كراع لقبلت » قال فى القاموس اللطف بالتحريك : اليسير من الطعام ، وغير ذلك كثير ، ص ٣٤٥ - ٥ نيل الأوطار .

(٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة ، وحديث جابر رواه الإمام احمد ومسلم ص ١٢ ، ١٣ - ٦ نيل الأوطار .

عمره ، الثالثة : أن يقول جعلتها لك عمرك أو حياتك ، فإذا متَّ عادت إليَّ أو إلى وارثي إن متُّ ، والأكثر على أن هذه هبة صحيحة والشرط باطل وهو القول الجديد ، وكأنه أخذ بإطلاق الأحاديث الصحيحة وعدل عن مقتضى القياس في الشرط الفاسد .

وأما الرقبي فهو أن يقول : « وهبت لك هذه الدار عمرك ، على أنك إن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك استقرت لك » لا أثر في المنع وإن بقي : أن مت قبلي عادت إلي : فهو كالعمري فتصح على الصحيح ويبطل الشرط ، وهو معنى قوله في الأصل ولا يعود ، وإذا وقت لغير عمر المهب ، كوهبت لك هذه الدار عمر زيد ، أو عمري أو سنة ونحوها لم تصح ، وذلك لأنه قد يموت قبل الموهوب له فيكون الملك مؤقتاً بزمانٍ ينقضي وهو حي فينافي الإملاك الذي انتهى بانتهاء العمر .

وقوله : (ولا بعث بلا ثمن ولا تعليق) .

أي : لا تصح الهبة بلفظ البيع ، فإذا قال بعثك هذا العبد بلا ثمن لم يملك لتنافي اللفظين^(١) ، ولا يجوز تعليق الهبة بالشرط ، كقوله : « إذا جاء رأس الشهر فقد وهبتك هذه » .

وقوله : (وهبة دين لمدين إبراء) .

(١) فلفظ البيع يقتضى التملك بموض ولفظ الهبة يقتضى التملك بلا عوض وفي تنافي المدينين تعارض لذا لم تصح وفهم من هذا أن البيع تمليك بعوض والهبة تمليك بلا عوض ولذا قالوا كل ما جاز بيعه جاز هبته غالباً ليخرج حبة البر والاختصاص فإنه لا يجوز بيعه وتصح هبته ، وكذا الجارية المرهونة إذا استولدها الرهن فإنه يجوز بيعهما للضرورة ولا يجوز هبتهما لامن الرهن ولا من غيره ، وهناك مسائل أخرى ترد على هذا الضابط فلذا وضموها اللفظ غالباً ، وقالوا إن مطلق الهبة لا يقتضى عدم العوضية ومطلق البيع يقتضى العوضية ولهذا صح وهبتك بألف بيعاً / ه .

أى : ويجوز هبة الدين ، ممن هو عليه ، ويكون إبراء لا يحتاج إلى القبول على المذهب فلا يجوز هبته من غيره ، على المذهب .

وقوله : (وأما تملك هبة^(١) بقَبْضٍ ولو وارثاً^(٢) من مثله) .

أى : الهبة لا تملك إلا بالقبض ، ولو وهب ولم يقبض ، ثم ماتا ، أو أحدهما لم يبطل العقد ، لكن يقوم فيه الوارث مقام مورثه فلوارثيهما الخيار كما كان لهما ، وإن طالب وارث المَهْب بالقبض ، وأذن فيه وارث الواهب فقَبْض حصل الملك وإلا فلا .

وقوله : (وكفى في هدية ، وهو ما ينقل إكراماً ، بذل وقَبْض ، كصدقة لله تعالى ولا ثواب ، ولو لأعلى) .

أى : ولا يشترط القبول والإيجاب في الهدية والصدقة على الصحيح ، والهدية والصدقة نوعان من الهبة ، فإن الهدية ما يحمل إلى المهدى إليه على نية الإكرام ، والصدقة وما هو لله تعالى وابتغاء الثواب من عند الله ، فكانت الهدية بالحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقبلها ولا لفظ هناك ، وما زال السلف على ذلك ، يبعثون بها على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم ، ولا يجب في الهبة ولا في الهدية عوض ، ولو كانت من الأدنى إلى الأعلى على الصحيح ، ولم يكتف في الحاوى^(٣)

(١) أى بأنواعها الثلاثة ، والمراد بالهبة هنا الموهوب فإنه يملك بالقبض / ف .

(٢) لقيام الوارث مقام المورث فيما كان له فعل أن موت أحدهما لا يفسخ العقد ؛ لأنه يؤول إلى لزوم ، بخلاف نحو الشركة ، نعم يبطل الإذن في القبض كالحجر عليه وكالموت الجنون والإغماء لكنه لا قبض إلا بعد الإنابة ، ويصح بيع الواهب قبل القبض وإن غن لزوم الهبة / ف .

(٣) وفي ح « الهبة تملك بلا عوض ولو من الأعلى بإيجاب كأعمرتك أو جعلته لك عمرتك أو حياتك أو ماعشت وإن زاد وإن مت قبل عاد إلى أو إلى وارث إن مت . . . الخ .

بالبذل والقبض عن الإيجاب والقبول إلا في الهدية ، وإن اقتضى أن الصدقة عنده يشترط فيها الإيجاب والقبول ، والصحيح أنه لا يشترط فيها ، وأن حكمها وحكم الهدية واحد ، وقد صرح بذلك في العزيز والروضة .

وقوله : (ولأصل وهب لفرع رجوع بزائد اتصل ، وإن غرس ودبر وأجر ، وزوج ، وتخلل عصير ، كبائع فسخ) .

أى : والأصل هو من له ولادة من أب وجد وجدة من الطرفين ، ووهب لفرعه شيئاً أن يرجع فيه ، فيأخذه مع الزيادة المتصلة لا المنفصلة ، وقد سبق في الرد بالعيب ، أن الحمل له حكم المنفصل إن حدث فيكون على هذا للولد ، وإلا فهو للوالد وإن الفصل ، ولو وهب له أمة فدبرها أو أجزها أو زوجها أو وهب له عصيراً فصار خماً ثم خلا ، أو أرضاً فغرسها أو بنى فيها جاز له أن يرجع في الموهوب مع ما ذكرناه كالبائع بفسخ بعيب الثمن فيرجع إلى المبيع مع هذه الزيادة ، والتغير المذكور وللغراس والبناء حكمه في العارية . وقوله في الحاوى^(١) ويرجع الأصل ، بالزائد المتصل إلى آخره فيه أمران :

أحدهما : قوله ويرجع الأصل ، ولو أسقط الرجوع كالبائع مقتضاه ، للبائع يرجع في المبيع بالزيادة ونحوه وأن أسقط الرجوع

(١) وفي ح ه ويرجع الأصل بالزائد المتصل ما يليه ولو أسقط الرجوع وتخلل ودبر وزرع وزوج وأجر كالبائع وانفك الرهن والكتابة .

مع العلم أن مراده استواءهما في الرجوع ، لا في إسقاطه ، لكن اللفظ لا يخلية ومُراده .

الثانى : قوله ويرجع ولو أسقط الرجوع وانفك الرهن والكتابة ، فعطف وانفك على قوله وإن سقط فافتضى أن يكون رجوعه قبل انفكك الرهن والكتابة أولى من رجوعه بعده ، كما أن الرجوع قبل الإسقاط ونحوه أولى منه بعده ، ومعلوم أنه لم يزد على ذلك .

وقوله : (لا إن تفرخ أو نبت أو تعلق به حق ، أو كاتبه ولم ينفك ، أو زال ملكه وإن عاد برجعت نقصت ونحوه وإن أسقط الرجوع لا يتصرف ووطء) .

أى : ويرجع فيما وهب لولده إلا إذا كان الموهوب بيضاً فتفرخ أو بذراً فبذره ونبت ، لأن الموهوب استهلك وهو فى ملك الفرع ، وكذلك لا يرجع فى الموهوب إذا رهنه الفرع وأقبضه ، أو كان عبداً وكاتبه ، ولم ينفك الرهن والكتابة ، وكذا كل حق يتعلق به من أرش الجناية والغرماء بعد الحجر ، ولا أثر لحجر السفیه ، وهو يرد على الحاوى : وقوله ما يليه ، فإنه هنا قد ارتفعت ولايته بالسفه ولم يرتفع الرجوع ، وللاب أن يفدى الجانى ، بأقل الأمرين ، والمرهون بكل الدين ، لا بالقيمة فقط ، ثم يرجع ، لأن له أن يقضى دين الأجنى لكن يشترط رضا الغريم ، فإذا انفك فى كل هذا فله الرجوع ، أما إذا زال ملكه عنه فإنه لا يرجع فيه على الصحيح ، وإن عاد إلى ملك الوالد بفسخ أو شراء أو أرث ونحوه فإن وهب له

شيئاً فوهبه لجده ، ثم وهبه الجد له ثبت الرجوع فيه للجد لا للأب ، وإنما يرجع باللفظ ، نحو رجعت فيما وهبته له ونقلته وفسخته ونحوه فله أن يرجع ، وإن أسقط الرجوع ، لأنه رجوع متعلق ببقاء الموهوب لم يوجبه على عين ، فدام بدوامه ، وإن تصرف الأب فيما وهب لولده فباعه أو وهبه أو أعتقه أو وطئ الجارية - لم يكن ذلك رجوعاً على الأصح ، والوطء حرام ، وإن قلنا أنه برجوع لاستحالة حله لشخصين .

اللقطة

وقوله : (باب^(١)) : لِحُرٍّ وَمُبْعَضٍ وَمَكَاتِبٍ لَقَطُ ضَائِعٍ ، لا مميّز يَأْمَنُ ، وَنُدْبٍ إِنْ وَثِقَ بِيَدَيْهِ لِحِفْظٍ وَبِسْقُوطٍ وَغَفْلَةٍ فِيمَا لَمْ تَحْزُهُ يَدٌ ، وَثُمَّ مُسْلِمُونَ كَدَفِينٍ إِسْلَامِي لَتَمْلِكُ أَوْ اخْتِصَاصٍ بِنَحْوِ كَلْبٍ)

أى : ويجوز للحر التقاط ما ضاع ، لما روى عن زيد بن خالد الجهنى . قال : « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن

(١) أى فى اللقطة وهى لغة : الشيء الملقوط ، وشرعاً ما وجد من حق لغير حربى ضائع محترم وليس بمحرز غالباً ، ولا ممتنع بقوته ولا يعرف الواجد مستحقه ، وفارقت المال الضائع ، وهو الذى يحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه ، بأن يحرز بحرز مثله ، كالذى بمودع الحكم أو بمحل منلق لا يعرف مالكة فيحفظه الحاكم إلى وجود صاحبه إن رجاء ، وإلا صار لبيت المال ، فيصرفه مصارفه ، واشترط الحرز فيه ، دونها غالب إذ منه ودائع مات عنها مورثه ولا يعرف مالكة ، وثوب أنقاه هارب أو ربح فى حجر إنسان فيلزمه رده لمالكة فوراً إن عرفه وإلا حفظه أو أعطاه الإمام كما يأتى ، ومنها :هم وجده فى أرض مملوكة أو بيت وشك أهو لمالكة أو لمن يدخله فعليه تعريفه لمن يدخله ، فإن قلت القياس أن له التصرف فيه اعتماداً على كونه يملكه ويده عليه ، قلت ممنوع لأن هذه دلالة ضعيفة ، لما يأتى فى الشهادات بالملك ، وقد عارضها الشك فى كونه لغير فلزمة الاحتياط ، فإن قلت لم عدلت عن تعبير القفال : بلا يدري أهو له إلى آخره إلى وشك ، قلت لأن الظاهر أنه لا يلزمه ذلك إلا عند الشك لأن فيه تردداً على السواء فلا مرجع بخلاف الوهم فإن عارضه ظن كونه له فجاز العمل به ، وأركانها ثلاثة الأول والثانى الملتقط بالكسر والفتح وفى الالتقاط معنى الأمانة والولاية والاكتساب وهذا هو المقلب ومن ثم جاز / ف . والثالث من الأركان الالتقاط ، وقد ذكر كلا بشروطه .

اللقطة فقال : « أعرف عفاصها ووكاءها ، ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك ، فقال : فضالة الغنم فقال : هي لك أو لأخيك ، أو للذئب ، قال فضالة الإبل ، قال مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها »^(١) ويدخل في قوله : لحر المسلم والذي فإن له الالتقاط في دار الإسلام على الأصح تغليباً بمعنى الاكتساب ، ويدخل فيها الفاسق أيضاً لكن يكره وسيأتى الكلام فيه ، ويخرج العبد وسيأتى ذكره ، ويصح التقاط مَنْ بَعْضُهُ حر وبَعْضُهُ رقيق على المنصوص ، ويصح من المكاتب كتابة صحيحة لاستقلاله بالملك كالحر فالالتقاط جائز لهؤلاء ، مندوب لمن وثق منهم من نفسه بالأمانة وعدم الخيانة ، فإن لم يثق لم يستحب وإن لم يكن فاسقاً ، ويدخل في قوله ضائع المال وغيره مما يُقْتَنَى كالكلب والخمر المحترمة ، وما ضاع بسقوط وغفلة وما أَلْقَتْهُ الرِّيحُ في دارك أو طرحه في حجرها زائر ، أو وُجِدَ في حَرَمِ مكة أو غيره أو في موات أو مملوك ، والجارية ولو محترمة ، وما يمتنع من صغار السباع في المفازة وغيرها كل هذا يجوز التقاطه للحفظ إلا الرقيق المميز وقت الأمن فإن كان خوف جاز التقاطه لحفظه أو يملكه ثم إن كان الضياع بسقوط أو غفلة من المالك ووجد في دار الإسلام أو في دار الحرب ونم مسلمون جاز التقاطه بقصد التملك أيضاً ،

(١) هذا الحديث من رواية زيد بن خالد متفق عليه ورواه الإمام أحمد ولم يقل فيه الذهب أو الورق وهو صريح في التقاط الغنم . وفي رواية لمسلم « فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك ص ٣٣٨ - نيل الأوطار » والأصل فيها الآيات الآمرة بالبر والإحسان ، إذ في أخذها لحفظ والرد بر وإحسان والأخبار الواردة فيها كثيرة ، لما فيها من التعاون بين المسلمين كما جاء في خبر مسلم « واقع في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » ص ١٣٤ - بلوغ المرام وقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » الآية ٢ من سورة المائدة .

أما إذا لم يكن هناك مسلمون فهو غنيمة للملتقط ، ويجب خمسها لأهل الخمس ، ويشترط أن يوجد في موات أو شارع ولو مسجداً ، فأما إذا وجد في مملوك أو موقوف فإنه لا يؤخذ لِمَتَمَلَّك ، بل هو لصاحب اليد إن أمكن ، فإن لم يدعه فلمن قبله من مالك أو مستأجر أو مستعير وهكذا إلى المَحْيى ثم هو لقطة يجوز أخذها بقصد التملك ، كما يجوز أخذ الكنز المدفون في الإسلام بقصد التملك بالتعريف وما ينتفع به ويملك كجلود الميتة ، والخمر المحترمة ، وكذا الكلب - حيثُ جوزنا التقاط ما يمتنع من صغار السباع جاز التقاط الاختصاص ، ويجب تعريفه سنة .

وقوله : (لا بالحرم ^(١)) وأمة تحلُّ له ، ولا مُمتنع من صغارِ سباعٍ ، بمفازة ، أمانة ، ولا ما قارن لقطة قصْدُ خيانة ، بعد تعريف ، ما يُقصدُ ، ووَجَبَ ، وإن حَفِظَه ، وأكل ، ونُدِبَ بأوصاف بها فقليلٌ بقدره وكثيرٌ سنةً ، وإن تفرقت ، ويُعرف كل يوم مرتين ، ثم مرة ثم كل أسبوع ثم كل شهر) .

أى : لا يجوز التقاط للتملك في حرم مكة لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تحل لقطتها إلا لمنشد ^(٢) » ، أى لمعرفة على الدوام لا لتملك ، وإلا فكسائر البلاد كذلك ، فكذلك لا يجوز أن يلتقط أمة للتملك

(١) وحكته أن مكة ماثبة للناس يتكرر عودهم إليها ، فربما عاد مالكة ، أو نائبه ، وتجب الإقامة للتعريف به ، أو دفعه للحاكم أى إن كان أميناً أخذاً مما يأتى ، في الوديعة ، وإلا فإلى ثقة ، يعرفه نيابة عنه ، فيما يظهر فيها ، ويتخير كذلك في كل ما التقطه ، لمحقق ، / ف .

(٢) رواه الشيخان بلفظ « أن هذا البلد حرمه الله لا يلتقط لقطعه إلا من عرفها » ، وفي رواية للبخارى « لا تحل لقطته إلا لمنشد » أى لمعرفة والمعنى على الدوام وإلا فسائر البلاد كذلك فلا تظهر فائدة التخصيص ص ٢٤ - ٥ نيل الأوطار .

إن كانت ممن يَحِلُّ له وطؤها بالملك لأن التملك يبيح الوطء فامتنع
 كامتناع إقراضها ، فإن كانت مُحَرَّمًا له جاز تملكها إن جاز التقاطها ،
 إن كانت غير مميزة أو في زمن مخوف فكذلك ليس له أن يتركها
 ما يمتنع من صغار السباع أما بقوته كإبل ، أو بَعْدُوهُ كظبي والأرنب
 المملوك أو بطيرانه إذا كانت في مَفَازَةٍ آمِنَةٍ ، فإن كانت من مخوف
 أو نهب جاز التقاطها للتملك ، ولا يَمْلِكُها بالتعريف كغيرها وكذلك
 إذا وجدت في البلد فإنه يجوز التقاطها للتملك أيضاً لأنه لا يؤمن
 من الخونة ، أما ما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم الكسير من غيره ،
 فإنه يجوز أخذه للتملك في البلد والمفازة ، ولو أخذ اللقيط بنية الخيانة
 صار غاصباً ، ولم يجر له أن يتركها بالتعريف إذا رجع عن تلك
 النية لأن يده صارت غاصبة ، فإن أخذها للحفظ أو للتملك ، ثم
 نوى الخيانة وأن يتصرف فيها ، لم يصير خائناً بالنية .

وفهم من هذا أن من أخذها بنية الحفظ ولم ينو حفظاً ولا ملكاً
 ولا خيانة أن له إحداث نية التملك بالتعريف .

ويجب تعريف اللقطة ، فإذا كانت رَطَبَةً لا تَتَمَرُّ أو عِنْباً لا يتزيب
 فتملكه وأكله كما سيأتى فإنه يلزمه التعريف بعد الأصح على الأصح .

وإنما يجب تعريف اللقطة ، إذا كانت مما يتناول أو ينتفع به
 نفعاً يُقَصَّدُ فإن قصد التملك فالتعريف شرط في صحته ، وهل يجب
 إذا قصد الحفظ أيضاً ، قال في العزيز والروضة : فيه وجهان أحدهما
 عند الإمام والغزالي وجوبه ، لكلا يكون كتماناً مفوتاً للحفظ على

صاحبه ، الثانى الأكثرون لا يجب قال النووى الأول أقوى ، وهو المختار ، وقال : الأذرعى وصححه الكافى والنووى فى شرح مسلم وبه جزم والبغوى ، وظاهر كلام الماوردى ، الجزم به ، وهو الصحيح انتهى . وقد قطع به فى الإرشاد ، بقوله : وإن حفظ ، ويستحب إذا عرف أن يذكر من أوصافها شيئاً ، فلا يستوعب ، ومن استوعب أوصافها ، وادعى آخر وأخذها كاذباً ثم ظهر مالکها ضمن ، على الأصح ، وقيل يجب أن يذكر بعض الأوصاف ، والصحيح أنه يكفى أن يقول ، من ضاع منه شيء والأولى أن يتعرض للعفاص وهو الوعاء ، هكذا ذكره ، وقال فى الصحاح : والعفاص جلد يلبس رأس القارورة ، وأما الوكاء فهو الحبل الذى يربط به ، ومكان الالتقاط وتاريخه وجنسه ، أذهب أم فضة ؟ ويستحب لمن وجد اللقطة : أن يشهد على نفسه : أنى وجدت لقطة ، ويصفها للشهود بالأوصاف التى يندب أن يعرفها ولا يزيد عليها ، للحديث « فليشهد عليها^(١) » ويعرف القليل بقدره ، ولو بعد أكل ما جوزنا له أكله ، فأما ما لا يقصد نفعه فلا يجب تعريفه ، وأما القليل فالأصح أنه ما يغلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه ، عليه ولا يطول طلبه له غالباً ، فيعرفه على قدر الطلب فى مثله ، أما غير ذلك فيجب تعريفه سنة ، ولا يجب أن تكون متصلاً بالالتقاط بل يجب التأخير على الأصح ، ولا يشترط أن تكون

(١) رواه احمد وابن ماجه عن عياض بن حمار قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل أو . . . لغ أو ليحفظ أعفاسها ووكانها فإن جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وإن لم يجىء صاحبها فهو مال الله يؤتیه من يشاء » هذا لفظه بتمامه عند احمد وابن ماجه وفى لفظ البيهقى « ثم لا يكتم وليعرف » ورواه الطبرانى ، وله طرق ، متعددة ، ص ٣٣٨ - ٥ نيل الأوطار .

السنة متصلة ، بل لو عرف سنة من سنتين أو ثلاث جاز ، ولا يشترط أن يستوعب السنة بالتعريف ، بل كالعادة فيعرف في الابتداء كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم في كل أسبوع مرتين ثم مرة ، ثم في كل شهر كذلك بحيث لا ينسب أنه تكرير ما مضى ، ولا بد من التملك باللقط ، وأما ما لا يتحول فيأخذه من غير تملك ولا يصح تملكه وقوله في الحاوي^(١) : للحر وحر البعض إلى قوله في كل شهر ، فيه أمور :

أحدها : قوله للحر لقط ما ضاع بسقوط للحفظ ، يوهم أنه لا يجوز التقاط ما ألقته الريح في داره للحفظ وليس كذلك ، بل له ذلك ، وإنما منع التقاطه للتملك .

الثاني : أنه اكتفى بالسقوط ونحوه ، فاقضى أن وجوده في المملوك ، يجوز أخذه للتملك وليس كذلك كما ذكره الأصحاب .

الثالث : أنه يشترط أن يكون ذلك في الإسلام ، أو في دار الحرب وفيه مسلمون وإلا فهو غنيمة كما بيناه .

الرابع : كدفين بلا ضرب الجاهلية ، اعتبر الضرب وليس كذلك ، بل المعتبر الدفن ، فلو كان الدفن إسلامياً وعليه ضرب الجاهلية فهو لقطة حملاً على أنه أخذه مسلم أو ذمی ودفنه .

(١) وفي « لحر وحر البعض والمكاتب لقط ما ضاع بسقوط أو غفلة كدفين بلا ضرب الجاهلية لا الميز وندب إن أمن الخيانة والاشهاد عليه بتعريف شيء للحفظ ولا تعريف عليه إذاً وللملك لا الممتنع من صفار السباع في المفازة وأمة تحل له وبالحرم ولا إن أخذ لخيانة حالاً إن لم يتحول وما يقل إن عرف بقدره بذكر صفات ولغيره سنة متصلة كل يوم مرتين ثم مرة في كل أسبوع ثم في كل شهر .

الخامس : قوله إلا المميز يقتضى أن المميز لا يلتقط مطلقاً وليس كذلك بل إذا كان زمن نهب أو خوف جاز التقاطه للتملك كما سبق قاله في العزيز والروضة .

السادس : قوله لا الممتنع من صغار السباع في المفازة كغيرها يجوز أخذه للتملك والحفظ .

السابع : قوله : ولا تعريف عليه إذاً يعنى إذا قصد الحفظ ، وقد بينا أن الذى صححه الإمام والغزالي قال النووى أنه الأقوى ، والمختار أنه يستحب التعريف مطلقاً .

الثامن : أن القائل بأن التعريف لا يجب إذا قصد الحفظ يوجهه في لُقطةِ الحرم ، ومقتضى إطلاقه أنه لا يجب في الحرم ولا غيره .

التاسع : حالا إن لم يتمول مقتضاه إنما يباح بشرط تملكه ، وقد قال الإمام : إن ما لا يتمول يعنى لقلته لا يملك ، وتُرَدُّد في جواز هبته ، وقال إنما يعيده الاختصاص به كالكلب ، ، إذا جوزنا هبته ، قال : لا يجوز في هذا أبعد لعدم نفعه ، والذي في الروضة ، أن ما لا يتمول لقلته لا يجب تعريفه ، ولأخذه الاشتداد به ولم يشترط تملكاً ، وعبارة التهمة فله أن ينتفع به من غير تعريف ولم يتعرضوا للتملك .

والعاشر: والحادى عشر : قوله وما يقل إن عُرف تقديره ، بذكر الصفات وعليه مؤنة ، ولغيره سنة يوهم اختصاص هذين الحكمين بالقليل دون الكثير وليس كذلك .

الثانى عشر والثالث عشر : قوله متصلة تبع فيه الوجيز حيث قال : الثالث فى التعريف وهو واجبٌ سَنَةً عقيب الالتقاط ، قاله فى الروضة ، وفى وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان الأصح أنه يقتضيه كلام الجمهور ، لا يجب بل المعتبر تعريف سنة متى كان وأيضاً ، مقتضاه أنه لا يجوز تفريق^(١) السنة إذا شرع ، والصحيح الذى قطع به العراقيون كما قال الرافعى وصححه البغوى ، أنه يجوز لأنه قد عرف سنة .

وقوله : (فى بلده أو فى بلد ونحوه ، إن وجد بصحراء ، ومؤنه على ممتلك)

أى : ويجب أن يُعرف فى بلد الالتقاط إن التقط ببلد ، وإن التقط بالصحراء لم يفد التعريف فيها ، فيعرف حيث يفيد مثل البلد ومثل قافلته ، وإن رجع إلى بلد أو قصد بلدة أخرى عَرَّف فيها ، ولا يكلف أن يُعيِّن قصده ، ويعدل إلى أقرب البلاد على الأصح ، وليكثر التعريف فى موضع الالتقاط من البلد وفى السوق ، ومجامع الناس وأبواب المساجد ، ويكره أن يُعرف فيها وينشد ضالة ، ونقل الرافعى عن الشاش أن الأصح إباحة التعريف فى مسجد الحرم ، بخلاف سائر المساجد ، ومؤنة التعريف على الملتقط إن قصد التملك سواء جاء صاحبها أم لا ، وإن قصد الحفظ وعَرَّف فهو متبرع وإن قلنا يجب عليه التعريف رفع الأمر إلى الحاكم ، ليبيع له منها ما يعرفها به .

(١) بمعنى جعلها مفرقة موزعة على سنتين ، أو ثلاث ، فإذا وزع التعريف بها على هذه المدة لا يصح / ٥ .

وقوله : (وباع حيواناً وما يفسدُ بحاكمٍ وُجد^(١)) ، أو تملك وأكل لا حيواناً ، ولقيطةٍ باع ما يجفُّ) .

أى : وإذا وجد ما يمتنع من صغار السباع كالشاة والعجل وما لا يمتنع حيث جوزنا التقاطه ، بأن كان فى البلد أو مفازة غير آمنة ، فإن كان فى مفازة فهو مخير بين أن يملكه ويأكله ، وبين أن يبيعه إن وجد هناك من يشتريه ثم يحفظ ثمنه ، وأما إن وجد فى العمران أو نقلها إليه ، فإنه لا يجوز له أكلها على الصحيح ، لأن بيعها يسهل هناك وأما ما يفسد كالهريسة والبطيخ والعنب والرطب فإن له أن يملكه ويأكله سواء فى بلد أو صحراء على الأصح وله أن يبيعه ويحفظ ثمنه ، وهذا البيع إنما يكون بإذن الحاكم ، فإن باع بلا إذن - وثم حاكم ضمن وإن لم يكن حاكم فله الاستقلال بالبيع وإن كان مما يمكن تجفيفه فيرفع إلى الحاكم ليأذن فى بيع شئ منه لتجفيفه به إن لم يتبرع وقوله فى الحاوى^(٢) : وهو أمانة ما لم يملك وثمنه إن باع بالحاكم إن كان ، ويأكله إن فسد كالشاة فى الصحراء أو جفف إن أمكن ، والاختصاص بالكلية فيه أمور :

أحدها : قوله : وهو أمانة وثمنه إن باع يوهم تجويز بيع كل لقطة بالحاكم ، ولهذا فسرهُ القونوى ، فقال ويفهم من ذلك بجواز

(١) قوله بحاكم وجد محله أن وجد بصفة الأمانة ، وإلا كان خشى منه إذا أطلعه عليه يأخذه ويتلفه على ماله ، بنفسه فينبغى أن لايجوز له حينئذ الرفع إليه ، أخذاً مما يأتى ، فى الودعية ، وغيرها ، وحينئذ يستقل به اللاقط ، إن كان عدلاً هنا أيضاً ، وألا يأتى فيه ما يأتى أنه يحكم عدلاً لئ / ف .

(٢) وفى ح « وهو أمانة ما لم يملك وإن قصد الحياة بعد الأخذ وثمنه إن باع بالحاكم إن كان ويأكله إن فسد كالشاة أو فى الصحراء أو جفف إن أمكن وللاختصاص بالكلب » .

بيعه ؛ فعلى هذا يكون الملتقط بالخيار فى كل لقطة بين إمساكها وبين بيعها لأنه ثابت بالملك فى الحفظ فكذا فى البيع انتهى ، وليس كذلك بل بيع اللقطة لا يجوز إلا بضرورة ، كما إذا كانت تفسد كالهريسة ونحوها ، أو تأكل نفسها كالحيوان .

الثانى : قوله ويأكله ، إن فسد لا يعنى أن جواز الأكل متوقف على الفساد بل يعنى ويأكله إن كان مما يفسد ، سريعاً كالهريسة .

الثالث : قوله كشاة مقتضاه أن الشاة تؤكل فى العمران أيضاً ، لأنه جعلها مثالا لما يؤكل ، وهو يؤكل فى الصحراء والعمران ، وذلك وجه ، والصحيح فى العزيز والروضة ، وغيرهما المنع من أكل الشاة فى العمران .

الرابع : قوله : أو فى الصحراء ، لا حاجة إليه ، لأننا إذا جوزنا الأكل فى البلد فى الصحراء أولى ، ولعلّ لفظه أو غلط من الناسخ ومع حذفها يزول الإشكال ، وقد تشابه عليه فى التيسير ، فقال : وله أن يأكل من الملقوط إن كان يفسد كالهريسة والشاة التى تفسد لمرض ونحوه ، سواء وجدته فى العمران أو فى الصحراء ، وأن يأكل الحيوان الذى لا يمتنع من صغار السباع فى الصحراء دون العمران ، وهذا الذى قاله صحيح فى نفسه ، لكن جعل الشاة مثالا لما يفسد وأنه يأكل مطلقاً أو فى الصحراء إن لم يفسد يلزم ، والمراد الحكم فى الجميع ، ولا خلاف أن ما لا يفسد لا يؤكل فى الصحراء والعمران فيفطن له .

الخامس ، : قوله أو جفف مقتضاه التخيير بين الأكل والتجفيف ،
والبيع ليس على إطلاقه ، بل والأصح أن كانت الغبطة في تجفيفه ،
لا يجوز بيعه رطباً ولا أكله كما نصّوا عليه يجفف ويصرف من
بعضه بإذن الحاكم .

السادس : قوله : وللاختصاص بالكلب لو قال كالكلب ليدخل
ما في معناه من جلد الميتة والخمر المحترمة لكان أولى .

وقوله : (وهو وثمنه قبل تملك أمانة ، وإن طراً قصد خيانة) .

أى : والمملوق أمانة في يد الملتقط لا يضمنه قبل التملك إلا
بالتفريط ، فإن باعه حيث يجوز بيعه كما مر لم يضمن . وإن خالف
ما لا يجوز بيعه من غير الحيوان مما لا يفسد أو باع ما يفسد
ونحوه استقلالاً وهنا حاكم منها ، أما بعد التملك من ضمان الملتقط
وليس التعريف التام ومضى مدته بنية التملك كالتملك بل هو أمانة ،
ولو وقف سنتين ما لا يملك ولو التقط لحفظ أو للتملك ثم نوى
أن يحوز ولم يفعل ، لم يضمن كالوديعة سوى الجناية ولا يصير ضامناً
لمجرد النية .

وقوله : (وعرف فاسق لقط بمشرف ، ونزع منه قاض ، ومن
صبي ولى ، وعرف وتملك حيث يقترض له ، وضمن صبي بإتلاف ،
لا تلف^(١) ، وبهما ولى ، قصر ، وعبد لقط بلا إذن في رقبته مع سيد
علم وأهمل أو قرر معه ، وهو خائن ، والأخذ منه لقط مبرئ) .

(١) بلا تقصير منه كالوديعة ، فإن قلت يأتى في الوديعة ، أنه لو أودع فتلف عنده ، ولو بتقصيره لم يضمن ،
قلت بفرق بأن المالك ثم مقصر ، لأن القرض أنه رشيد ، لاهنا ، إذ لا إثم من ف .

أى : وإذا التقط الفاسق مع التقاطه وإذا أراد التعريف لنفسه
ضمَّ الحاكم إليه مشرفاً ، لأنه غير مأمون ، ثم ينزع الحاكم اللقطة
من يده ويجعلها مع عدل ويصح التقاط الصبي لكن إذا علم المولى
انتزع منه ، ويُعرَّفُ الولي ويتملك له حيث يجوز الاقتراض عليه ؛
لأن تملك اللقطة كالاقتراض ، وإن لم يرَ بالتملك له حفظه ،
أو سلمه إلى الحاكم ، فإن علم ولم ينزعه منه حتى أتلفه الصبي
أو تلف بآفة سماوية ضمن الولي لا الصبي ، لأن عليه منعه من ذلك ،
وإن لم يعلم ضمن الصبي ، وإن أتلفه - لا ما تلف بآفة سماوية -
على الأصح ، ولا يصح لقطُّ العبد بلا إذن على الأصح ، فإن لقط
ضمن وتعلق الضمان برقبة كالجناية . فإن أخذها من يده أحد ،
إما السيد أو غيره صار لقطاً ، وبرئ العبد ، من الضمان على الأصح ،
وإذا علم به السيد وقرره في يد العبد إن كان العبد أميناً جاز ، وكأنه
لقط واسنعان به في تعريف ما التقطه وحفظه ، وإن كان خائناً فهو
متعد وكأنه أخذه منه ثم رده إليه فيضمن في ذمته وفي رقبة عبده
وإن لم يأخذ من يد العبد ولا قرره في يده ، ثم علم وأهمل ضمن
أيضاً حتى لو أفلس كان مالك اللقطة مقدماً برقبة العبد كالمجنى
عليه ، وأما إذا التقط بإذنه بأن قال له : إذا وجدت لقطة فخذها
فالأكثر على صحة التقاطه ، وتستثنى هذه المسألة من إطلاق
الحاوي كما قال القونوي والبارزي وصاحب التعليقة ، وقال
ابن النحوي لا يرد عليه ، وهو مأخوذ من قوله كتنكير السيد في يده
من باب أولى ، قلت وقوله من باب أولى عجيب تولية الحفظ

إنما تكون من باب أولى إذا قال السيد وقد رأى اللقطة : التقط هذه واحفظها معك ، وهذه لا خلاف فيها في صحة الالتقاط والملتقط هو السيد ، فإذا قال : إذا وجدت لقطة فالتقطها ، قال ابن هريرة ، لا يستفيد بهذا الإذن ولأية الالتقاط .

وقوله : (وَرَدَّ بِحَاكِمٍ ، وَجَوَازاً بِتَصْدِيقِ وَاصِفٍ ، وَلَمْ يَبْرَأْ وَإِنْ تَمَلَّكَ ، فَبِزَوَائِدَ لَا مَنفَصِلَةَ وَبِأَرْشِ عَيْبٍ بَعْدُ كَبَدَلٍ إِنْ تَلَفَ ، وَقَوْمٌ يَوْمَ تَمَلُّكَ) .

أى : إذا ظهر مالك الشئ الملقوط ، وادعاه عند الحاكم ، وأمره بتسليمه إليه برئ من الضمان ، سواء حكم له بمقتضى ما يعتقده ، أو كان مالكا يقضى بتسليمه إليه عند إصابته في الوصف ، فإن وصف المدعى للملتقط فإن أصاب الواصف لكنه لم يصدق لم يجز له تسليمه ، وإن صدق جاز ولم يجب ، فإن سلمه إليه وجاء من يدعيه ، وأثبت عند الحاكم ضمن ، وإذا ظهر أنه له وهو في يد الملتقط ، نظرت فإن كان قبل أن يملكه ردّه بزوائده ، المتصلة والمنفصلة ، وإن حدث به عيب بغير تقصير لم يضمنه وإن كان بعد التملك رده بزوائده المتصلة دون المنفصلة بعد التملك لأنها حدثت في ملكه ، وقد بيناه في الرد بالعيب وفي الهبة أن للحمل حكم الزوائد المنفصلة ، وإن حدث بعد التملك عيب ضمنه ، فيرده مع أرش العيب ، وإن تلف رد المثل إن كان مثليا والقيمة إن كان متقوماً ، ويُقَوَّم بقيمة يوم التملك ، وإن باعه لم ينقض البيع ، فإن كان في مدة الخيار فوجهان .

اللقيط

وقوله : (فَصْلٌ^(١) لِحُرِّ عَدْلٍ رَشِيدٍ ، لَقَطٌ مَنبُودٌ ، بِإِشْهَادٍ ، وَإِنْ مَيَّزَ وَتَرْبِيَّتَهُ وَفَرْضًا) .

أى : اعلم أن المنبوذ واللقيط اسم للولد الذى يوجد مطروحاً ، ولما كان مناسباً للقطعة ذكر معها ، وَلَقَطُهُ وَتَرْبِيَّتُهُ فرض كفاية سواء كان مميزاً أم لا ، وليس كل أحد أهلاً لالتقاطه بل ذلك للحر المسلم العدل الرشيد ، وإنما لم يذكر الإسلام لأن العدالة تستلزمه ، وذكر الرشيد لأنها لا تستلزمه ، فقد يوجد عدلاً غير رشيد فى دنياءه ، فليس للكافر أن يلتقط المسلم ولا للفاسق والمبذر فينزعه من أيديهم ، وإذا التقطه الحر وجب عليه أن يشهد عليه ، وإنما كان الإِشْهَاد فى اللقطة مستحباً ، وهما هنا واجب ، لأن هناك المحفوظ المال وهنا المحفوظ حُرِّيَّةٌ ونسبٌ فوجب الإِشْهَاد كما فى النكاح .

وقوله : (وَلَعِبْدٍ بِإِذْنٍ^(٢) ، لا مكاتب ألا نيابة ، ولكافر لقط كافر) .

(١) فى اللقيط وهو المنبوذ ويسمى ملقوفاً ودعياً ، والأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى « وافعولوا الخير لعلمكم تفلحون » آية ٧٧ من سورة الحج ، وقوله تعالى « وتماونوا على البر والتقوى » الآية ٢ من سورة المائدة ، ولقطه واجب على الكفاية لقوله تعالى « ومن أحيائها فكأنما أحييا الناس جميعاً » آية ٣٢ من سورة المائدة ولأنه أدى محترم فوجب حفظه كالمنظر إلى طعام غيره وفارق اللقطة حيث لا يجب لقطها لأن المقلب فيها الاكتساب ، والنفس تميل إليه فاستغنى بذلك عن الوجوب كالنكاح والوطء فيه وأركانه ثلاثة لقط ولقيط ولا قط أو ملتقط وشرط فيه الإسلام فى لقيط مسلم والتكليف والحرية والعدالة ولو مستورة والرشد ، وقد ذكر المؤلف شروط كل منها / م .

(٢) بإذن من سيده وحينئذ يكون السيد هو الملتقط والعبد نائبه خلافاً لما يوهمه تخصيص ذلك بالمكاتب فإن قلت إذا السيد هو الملتقط فلم اشترط العدالة فى العبد والرشد ، قلت لأن الفرض أن السيد أذن وغاب واشترطنا لوضع السيد فى غيبته ذلك لنؤمن عليه منه بخلافه فى حضرته ، وتقريره عليه بعد علمه به كالإذن فإن انتفيا انتزعه الحاكم / ف .

أى : ويجوز للعبد لقط المنبوذ بإذن السيد لأن اللقط حينئذ يكون للسيد ، وأما المكاتب ، فلا يصح التقاطه بإذن السيد على الأصح ، قال الرافعي والنووي : فإن التقط بإذنه ففيه الخلاف في تبرعاته بلا إذن ، لكن المذهب هنا الانتزاع منه ، لأن الالتقاط ، ولاية وليس من أهلها ، فإن قال له السيد التقط لي ، فالتقطه بنيابة صح ، كما يصح توكيله في الاحتطاب والاصطياد على الأصح ، ويجوز للكافر إذا كان حراً عدلاً في دينه ، ويجوز للمسلم أن يلتقط الكافر؛ لأنه ربما كان سبباً لإسلامه ، وقوله : في الحاوي^(١) وَلَقَدْ طِفْلٌ نُبِدَ بالإشهاد : وقد ذكر الطفل في الجنايات - وأراد من لم يميز - وفي صلاة الخوف - وأراد من لم يبلغ - وهو هنا محتمل فيه من الاختلاف ، والأصح كما في العزيز والروضة ، أنه يُلْتَقَطُ ما لم يبلغ .

وقوله : (وقدّم سابق ، ثم مُقيم بقرية ، ثُمَّ بَلَدِي ، وببادية ، لا مُهْلِكَةٌ ، ، استويا ، ثم غَنِيٌّ ، ومَعْلُومٌ عدالةٍ ثم أَقْرِعْ ونُقل إلى مثل ومن بَدُو لقرية ، ومنهما لبلد ولا عكس) .

أى : وإذا ازدحم على اللقيط جماعة ، قدم السابق بالأخذ ، ومنع من مزاحمة ، فإن ازدحم على أخذه مقيم وظاعن قدم المقيم ، هكذا نصّ عليه الشافعي في المختصر كما قاله الرافعي والنووي ، فلو وجد في قرية وسبق إليه مقيم بها ، وبلدى مسافر قال الرافعي قال ابن

(١) وفي ح « ولقط طفل نبذ بالإشهاد وحضاته لمسلم عدل رشيد فرض ، ومن القن والمكاتب بإذن السيد لقطه » .

كج^(١) القروى أولى ، وهذا تخريج على قول منع النقل من بلد إلى بلد ، فإن جوزناه فهما سواء ، قال النووى قلت : المختار الجزم بتقديم القروى مطلقا ، كما قاله ابن كج^(٢) ، وإنما يجوز النقل إذا لم يعارضه معارض والله أعلم ، وإن اجتمع قروى وبلدى مسافرين على أخذ اللقيط ، قدم البلدى ، وإن اجتمع بدوى وحضرى على اللقيط فى البادية نظرت ، فإن وجد فى حلة أو قرية ، والبدوى فى موضع راتب وهما سواء ، هكذا جزم فى الروضة ، ونقل عن ابن كج خلافة وإن وجد فى مهلكة فالبلدى أولى من البدوى والقروى ، فإن استويا فى السبق والإقامة ، وأحدهما غنى والآخر فقير قدم الغنى لأنه أغبط للقيط ، وإن كان أحدهما أغنى فلا تقديم على الأصح ، وكذلك إذا كان أحدهما معلوم العدالة ، والآخر مجهول العدالة ، فمعلومهما أولى على الأصح فيهما ، فإذا صار اللقيط فى يد واحد سواء وحده فى بادية أو قرية أو بلد فله نقله إلى بلد آخر ، فإن نقله وحده فى قرية فله نقله إلى مثلها ، وإلى بلد وقرية ، ولا يجوز أن ينقل اللقيط وجداً فى بلد إلى قرية ، أو فى قرية إلى بادية ، فإذا وجد البدوى المتنقل الذى لا إقامة له لقيطاً فى بادية فهل يقر فى يده ؟ وجهان ، الأصح نعم .

وقوله : (واستقل بحفظ ماله كدار حوته ، وما عليه وماتحته

(١) (٢) ابن كج : يوسف بن احمد بن كج القاضى الإمام أحد أركان المذهب أبو القاسم الدينورى صاحب أبى الحسين ابن القطان وحضر مجلس الدار كى . وكان يضرب به المثل فى حفظ المذهب وارتحل إليه من الآفاق وأطنبوا فى وصفه بحيث يفضلونه بعضهم على الشيخ أبى حامد وذكره العبادى قبل الشيخ أبى حامد وجعلهم ثلاثة أقران ابن كج وأبو حامد والكثفل ج ٢٩/٤ طبقات الشافعية .

لا دفيناً وقريباً ، وانفق عنه بقاض ، ثم أشهد ، ثم هي على بيت المال ثم أغنياء بلده إقراض) .

أى : وإذا التقت المنبوذ وله مال استقل الملتقط بحفظ فقط ، ولا يتصرف ولا يخاصم فيه إلا بولاية من القاضى ، ومن ماله ما ملكه بنحو وصية ونذر ووقف ، فيقبل له القاضى ما يحتاج إلى القبول ، وأما ما وجد تحت يده ، فإن له يداً - وإذا وجد فى دار حكم له بملكها وما فيها ، وإن وجد فى نحو خلاء وعليه ثياب أو شئ مطروح أو دراهم مصبوبة فوقه أو فوق فراشه أو مربوطة فى ثيابه ، أو تحت فراشه فهى له ، لا إن وجد شئ تحته مدفوناً أو قريباً ، ولو وجد فى ضيعة لم يكن له على الصحيح ، ولو وجد معه دابة رأسها بيده أو مربوطة فى رحله ، أو وسطه أو نحوه فهى له ، إلا إذا كانت قريباً منه ، وينفق عليه الملتقط من ماله ، بإذن القاضى ، وإن استقل غرم ما أنفق فإن لم يجد قاضياً أشهد على الإنفاق ، فإن لم يكن له مال فنفقته على بيت المال ، فإن لم يكن اقترض عليه الإمام من بعض أغنياء بلد اللقيط ، فإذا وجد له مال ، أو ظهر له سيد قضى عنه وإلا قضى عنه الإمام من سهم المساكين والغارمين أو من بيت المال إن وجد ، فإن امتنع الأغنياء من القرض قسدت نفقته قرضاً عليهم ، فلهم الرجوع كما بيناه .

وقوله : (وَلَقَيْطٌ جُوزَ مِنْ مُسْلِمٍ مُسْلِمٌ ، كطفل أحد أصوله ^(١)) أو

(١) مسلم وإن بعد ولم يكن وارثاً واختلفاً رفاً وحرية ، ولو كان الأقرب حياً ، وإن أسلم بعد العلوق لأن التبعية لفرعية وهى لا تختلف بما ذكر ، والكلام فى أصل يعرف بحيث يفيد النسب إليه ، التوارث بينهما ولو بالرحم والإلزام لإسلام جميع الأطفال نظراً لأدم عليه الصلاة والسلام / ٥ .

من سباه وَخَده مسلم ، وَإِنْ كَفَرَ فَأَصْلِيَّ إِنَّ أَمَكْنَ ، لَا هَذَان ، وَلِحَقِّ
بذميَّ ادعاه ، لَا فِي كَفَرٍ حَتَّى يُثْبِتَ .

أَي : إِذَا وَجَدَ اللَّقِيطَ فِي بَلَدٍ يَسْكُنُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ حَكَمَ بِإِسْلَامِهِ
وَلَوْ كَانَ دَارَ حَرْبٍ عَلَى الْأَصَحِّ ، كَمَا إِذَا كَانَ فِيهَا تَاجِرًا أَوْ أُسِيرَ
مُسْلِمٌ تَغْلِيْبًا لِحَكْمِ الْإِسْلَامِ .

وَاعْلَمْ أَنَّ الْإِسْلَامَ يَحْصُلُ مِنَ الْمَكْلَفِ بِالْمُبَاشَرَةِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْحَجَرِ ،
وَمِنَ الصَّبِيِّ بِحَكْمِ التَّبَعِيَّةِ ، وَجِهَاتُهَا ثَلَاثٌ ، الدَّارُ ، وَالْإِسْلَامُ أَحَدُ
الْأَصُولِ وَالسَّابِي ، فَالْأَوَّلُ . اللَّقِيطُ بِحَكْمِ إِسْلَامِهِ تَبَعًا لِلدَّارِ يَسْكُنُهَا
وَلَوْ مُسْلِمٌ كَمَا بَيَّنَّاهُ ، الثَّانِي تَبَعِيَّةُ أَحَدِ الْأَصُولِ ، فَإِذَا أَسْلَمَ الْأَبْوَانُ
أَوْ أَحَدُهُمَا ، وَكَذَا جَدٌّ أَوْ جَدَّةٌ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ ، وَلَوْ كَانَ مِنْ
يَدُلُّ بِهِ حَيًّا عَلَى الْأَصَحِّ ، فَإِنَّهُ يَتَّبِعُهُ فِي الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ بَلَغَ وَوُصِفَ
الْكُفْرَ ، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ مُرْتَدٌّ ، وَقِيلَ إِنَّ لَمْ تَعْلُقْ بِهِ أُمَّهُ فِي الْإِسْلَامِ
لَمْ يَكُنْ مُرْتَدًّا ، فَإِنْ سُبِيَ مَعَ أَحَدٍ مِنْ أَصُولِهِ لَمْ يَتَّبِعِ السَّابِي ، بَلْ
يَتَّبِعِ الْأَصْلَ لِأَنَّ تَبَعْتَهُ أَقْوَى وَإِنْ سَبَاهُ حَرْبِي أَوْ ذِمِّي لَمْ يَحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ
- وَإِنْ مَلَكَهُ مُسْلِمٌ - حَتَّى يَبْلُغَ ، لِأَنَّ وَقْتَ التَّبَعَةِ قَدْ زَالَ ، وَلَا يَشْتَرِطُ
أَنْ يَكُونَ السَّابِي الْأَصْلَ وَالْفَرْعَ وَاحِدًا ، بَلْ يَكْفِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِي
جَنْسٍ وَاحِدٍ ، فَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ الَّذِي حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ وَوُصِفَ الْكُفْرَ
لَمْ يَحْكَمْ بِكَوْنِهِ مُرْتَدًّا بِخِلَافِ تَابِعِ أَحَدِ أَصُولِهِ أَوْ السَّابِي ، فَإِنَّهُ
يَكُونُ مُرْتَدًّا عَلَى الْأَصَحِّ ، وَإِذَا ادَّعَى اللَّقِيطُ ذِمِّيَّ لِحَقِّهِ فِي النِّسْبِ
لَا الْكُفْرَ لِأَنَّا إِنَّمَا صَدَقْنَاهُ مُوَآخَذَةً لَهُ بِإِقْرَارِهِ بِنِسْبِهِ فَلَا يَبْطُلُ لَهُ

بإسلامه وقد حكمنا - وإن احتمل أن يكون أباه - فإنه يحتمل أن تكون أمه مسلمة نعم إن أقام بينة أنه ولده لحقه أيضاً في الكفر ، وقوله في الحاوى : واللقيط مسلم إن وجد حيث يسكن مسلم وإن استلحقه ذمى بلا بينة بعده ، فيه أمران :

أحدهما : قوله : حيث يسكن مسلم ، لا دليل فيه على البلد لأن مسكن الرجل داره ، وقد يقال شرط أن يوجد في دار مسلم ، لأنه لو حلف لا يدخل حيث يسكن فلان لم يحنث إلا بدخول مسكنه لا البلد .

الثاني : قوله : بعد : فسرّه شراحه كالقونوى ، وابن النحوى ، فإنه أراد وإن يستلحقه ذمى بلا بينة بعده ، أى بعد الحكم بالإسلام وهو غير مطابق لكلامه ، ولا هو مراده ، لأنه من مجرد وجوده في دار الإسلام قد حكمنا بكونه مسلماً ، فلا يتصور ، أن يستلحقه قبل الحكم بإسلامه ، وقد وجد في دار الإسلام فلا حاجة إلى قوله بعد . وقوله : (وهو حُرٌّ يُقْتَصُّ بِهِ مِنْ حُرِّ مُسْلِمٍ ، لا إن بلغ وسكت بل دية^(١)) ، وحُدَّ قاذفه ، وبيت المال عاقلته ، ووارثه) .

أى : واللقيط حر ؛ لأن الأصل في الناس الحرية وهو الغالب عليهم ، فإذا جنى على المحكوم بإسلامه سواء كان لقيطاً أو تابعاً لأحد أصوله أو السابى ، فكالجنابة على المسلم الأصلي في وجوب القصاص

(١) نظراً لثبوت الحكم بإسلامه ، وحرية ، وفارق القود ، بأنه يحتاط لحقن الدم ما لا يحتاط للمال وتوضع كالواجبة بقتل غير عمد في بيت المال / ف .

والدية والأرش على الأصح ، هذا قبل البلوغ وكذا بعده إن أفصح بالإسلام فإن بلغ عند الإسلام وذلك بأن يمضى زمن يسع كلمتى الشهادة ، كما ذكره الأسنوى ، وقال : هكذا ذكره الرافعى فى كتاب الطهارة ، وقال فى الروضة فى حق تابع الأبوين : إذا بلغ وسكت أنه إذا قُتل عمداً ، فى تعلق القصاص بقتله قولان أحدهما نعم ، كما لو قتل قبل البلوغ ، فى أظهرهما لا ؛ للشبهة وانقطاع التبعية ، وقال فى اللقيط إذا بلغ ساكتاً ، ثم قتل أنه على الخلاف فيما قبل البلوغ فقط ، صاحب المهمات وصاحب الروضة ، وقال : أقتص كلامه تصحيح وجوب القصاص فيه وقد صححنا أن التابع لأبويه إذا وصف الكفر كان مرتداً ، وأن اللقيط يكون كافراً أصلياً ، وإن قلنا أنه لا قصاص فيه - وهو الصحيح - وجبت فيه الدية ، فإذا قطع طرف المحكوم بإسلامه حبس قاطعه حتى يبلغ ويقتص لنفسه وليس له أن يقتص حتى يفصح بكلمة الإسلام ، وإن قُذِف وهو صغير غُرر قاذفه^(١) ، وإن [كان بالغاً وادعى قاذفه كُفراً] لم يحد حتى يقر بكلمة الإسلام فإن ادعى أنه رقيق ، الأظهر أن القول قول المذوف ، وإذا جنى اللقيط جنابة خطأ فليس له عاقلة إلا بيت المال فيُسلم عنه منه وإن كان عبداً وهو بالغ اقتص منه ، وإن كان صبيّاً وقلنا : عمد الصبي عمد وجبت الدية فى ماله ثم فى ذمته كما قلنا بتلفه ، وإن قلنا خطأ فى بيت المال ، وإن خُلِف مالاً فوارثه بيت المال .

(١) فى (ب) « وإن كان بالغاً وادعى قاذفه كُفراً » فى هذا المكان وساقط من (أ) .

وقوله : (وإن استلحقاه ، وأمكن ولا بينة ، فقائف ، ذكرٌ عدل ، مُجَرَّب ، بعرض أصناف في كل صنفٍ ولد لبعض) .

أى وإن استلحق اللقيط اثنان سواء كانا مسلمين أو كافرين ، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً أو رقيقاً والآخر حراً ، وأمكن أن يكون من كل منهما ، أما إذا كان أحدهما في سنة بلوغه واللقيط ابن السنتين مثلاً فإنه لا يمكن كونه منه ، وإن أمكن كونه منهما فمن أقام منهما بينة فهو له ، وإن كان هو الملتقط ، لكن يستحب أن يقال للملتقط من أين هو لك ؟ فربما يوهم أن الالتقاط يلحقه به ، فإن لم تكن بينة ، أو تعارضتا فلا يقدم هنا باليد - بخلاف الإملاك ، لأن اليد تدل على الملك لا على النسب - عُرِضَ^(١) على القائف ، ويشترط أن يكون القائف ذكراً ، وأن يكون عدلاً ، فلا يكون كافراً ولا امرأة ولا فاسقاً ولا أعمى ، بل يكون مقبول الشهادة ، وأن يكون مجرباً ، وذلك بأن يجمع أصنافاً من الرجال والنساء ، ويعرض عليه أول صنف وفيهم ولد لبعضهم ، فإن عرف أبويه أو أحدهما إن حضر وحده ، عرض صنف آخر بولد لأحدهم كذلك ، فإن عرف زيدَ صنف وولد كذلك ، وهذه أولى من عرض الولد ثلاث مرات في أصناف دون أبويه ثم عرضه مع وجود أبويه ، في الرابعة ، فإنه قد يكون فقيهاً يعلم عرض الأب في الرابعة فيصادفه اتفاقاً يكفي ثلاث مرات .

(١) جواب الشرط « فإن لم تكن بينة أو تعارضاً . . . عرض » ٢ / .

وقوله : (كَأَن وَطئاً وبتخلل حيضة لنا الأول لا فراش زوج) .

أى وإن استلحق اللقيط اثنان عرض على القائف ، كما لو وطئ رجلان امرأة وأمكن لحوقه بهما فإنه يعرض على القائف ، ويشترط إن لم يكن أحدهما زوجاً ، أن يكونا في طهر واحد ، فإذا وطئ بائع الأمة ومشتريها أو الشريكان فيها ، أو وطئ رجل امرأة بشبهة ووطئ آخر بعده بشبهة سواء كان بظن مجرد أو في نكاح فاسد ، وكان الوطآن في طهر واحد وأمكن الولد أن يكون منهما ، فإنه يعرض على القائف ، وإن كان أحدهما زوجاً ووطئ الآخر بشبهة عرض على القائف سواء وطئها الزوج أم لا ؟ لأن النسب يلحق الزوج في النكاح الصحيح بإمكان الوطء ، لكن قال في العزيز والروضة لا يعرض على القائف والفراش قائم إلا إذا أقام الواطئ بينة على الوطء ولا تكفى موافقة الزوجين له لأن للولد حقاً ، ولو وطئها رجل ، بشبهة ، واستبرأها الزوج بحيضة بطل حق واطئ الشبهة في الولد ولو تقدم وطء الزوج لم تبطل الحيضة حقه ، بل لو طلقها ووطئها رجل بشبهة في عدته عرض ، وإن تخللت حيضة أو حيضتان ، فإن وطئت بشبهة بعد انقضاء العدة أُلْحِقَ الولدُ بواطئ الشبهة ، كما إذا تزوجت ، وفيه قول آخر أنه يُعْرَضُ على القائف مدة كونه ممكناً منهما ، وقوله في الحاوى^(١) : كَأَن وَاطئاً في طهر : إلا إذا أمكن أن يكون من كل منهما ، فإن قيل كيف يتصور أن يطاها اثنان في طهر واحد ولا يكون يمكن أن يكون منهما ، قلنا يمكن أن يطاها ، الأول في طهر ، ثم يمتد الطهر أربع

(١) وفي ح « كأن وطئاً في طهر أو تخلل حيض والأول في نكاح صحيح » .

سنين ، ثم يطؤها رجل بشبهة بعدها فإن أتت بولد دون ستة أشهر انتفى عنهما ، وإن أتت به لسته أشهر فهو للثاني ، وإن وطئها قبل تمام الأربع وأتت فيها لدون ستة أشهر فهو للأول ، أو ستة أشهر عرض على القائف .

وقوله : فإن ألحقه بزيد ثم بعمره لم ينتقل .

أى : إذا عرض على القائف فألحقه بزيد لحق فإن ألحقه بعد ذلك بآخر لم يلتفت إليه ، لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

وقوله : ثم من مال إليه بالغا .

أى : فإن لم يكن قائف أو كان ونسبه إليهما أو نفاه عنهما ، أو أشكل عليه ترك إلى أن يبلغ ثم ينسب بميل طبعه إلى أحدهما اعتماداً على ميل الطبع الذى يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب ، ولا ينتسب ومقتضى ما قاله فى الحاوى^(١) : كما قاله القونوى : أنه لا يشترط ، قال هو وجه نقله الرافعى والمذهب خلافه وإن انتسب إلى أحدهما لزم ولم يكن أن يرجع ، نعم إن وجد عرض عليه واعتمدنا قوله وقدمناه على انتسابه ، لأنه حجة ، ونفقة مدة الإشكال عليهما ، فإذا ثبت لأحدهما رجع عليه الآخر بما أنفق .

وقوله : وإن قال كل لقطته فاليد .

(١) وفى ح « وإن ألحقه بأحدهما ثم بالثاني لم ينقل إليه ثم ينتسب بميل الطبع » .

أى : وإذا ادعى كل أنه الذى التقط الطفل وأن حضانته له وإن كان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه ، وإن لم يكن له قدم الحاكم من يراه منهما .

وقوله : وَرَقَّ مَجْهُولٌ بِدَعْوَى ذِي يَدٍ لَمْ يَلْتَقِطْ ، لا وهو بالغ حينئذ وجحد أو ببينة بيّنت سببه كابن أُمته .

أى : إذا كان فى يد رجل طفل وكان مجهول الحرية فهو رقيق بمجرد دعوى صاحبه ، لكن يشترط أن لا تكون اليد يد التقاط ، لأن الظاهر فى الناس الحرية ، ويد الملتقط معروفة النسب ، فإن لم تكن يد التقاط ، فالظاهر أن من هو فى يده يتصرف تصرف السادات فى العبيد بملكه ، فإن ثبت الملتقط بيد سابقة سمعت على الأصح ، لكن الأصح أنه يحتاج إلى بينة يشهد سبب الملك ، كما سيأتى ، وهذا معنى قول الحاوى : وهو رقيق بدعوى صاحب اليد لا بملقط وإنما يُرَقُّ بمجرد الدعوى إذا كان صغيراً ، وأما الكبير إذا جحد الرق لم يقبل قوله عليه ، إلا ببينة على أنه ملكه على إقراره بالرق له ، وإن ادعى رقه وهو صغير ، ثم كبر وجحد لم يكن القول قوله ؛ لأننا قد حكمنا لرقه لكن له تحليف السيد ، فإن لم تكن هناك يد فلا بد من إقامة البينة ، ولا تكفى الشهادة بمجرد الملك ، بل لابد أن يبين سببه من شراء أو اتّهاب أو إرث ونحوه ، لأنه ربما اعتمد للشهادة اليد ، واليد قد تكون يد التقاط ، وهو الذى صححه الامام ورجحه الرافعى فى المحرر فإن قالت البينة ، هو عبده ، ولدته أمته فى ملكه كفى ، وكذا لو قالت ولدته أمته ولم تزدد على المذهب .

وقوله : أو بإقرار لا فيما يضر غيره في تصرف سابق ، فيبقى نكاحها بالأقل من مسمى ومهر مثل فإن غرَّ خير ، والولد قبله حر ، وتعتد وتسلم كحرّة ، ولموت كأمّة ، وفسخ نكاحه بنصف المسمى وبكله إن دخل ويؤدى ديونه مما في يده وكسبه .

أى ويثبت رقه بإقراره ، إن صدق المقر له ، لا إن كذبه ، وإن عاد وصدقه لم يلتفت إليه ، ولا يقبل إقراره فيما يضر غيره في تصرفاته السابقة ، أما فيما يضر غيره في المستقبل فيقبل على الأصح فإذا كان المقرّ أمة فزوجة لم ينفسخ نكاحها ، وتسلم إلى الزوج تسليم الحرائر ، وإن انقطعت منافع المقر له ، ويجب للسيد على الزوج أقلّ الأمرين من المسمى ومهر المثل ؛ لأن المسمى وإن كان أقل لم يقبل إقرارها عليه بالزائد ، وإن كان مهر المثل أقل وهو يقول تزوّجت : بغير إذن ، فلا يجب إلى غيره ، وإن غرّ لحرّيتها بأن شرط ذلك في العقد ، ثبت له الخيار ، ونقل في الروضة أن له الخيار مطلقاً إلا عن الشيخ أبي علي^(١) ، فإنه نقل توقف الخيار على ما إذا شرطت الحرية ثم قال : إنه إذا جاز وجب المسمى ، وقد يستشكل من حيث أن السيد يقول : نكاحها بغير إذن فاسد ، وإنما وجب المهر لوطء الشبهة والولد الحاصل منها قبل الإقرار حر ، لأن قولها فيه غير مقبول ، والحاصل بعده رقيق ، لأن الزوج وطئها علماً برقها وإنما كانت هي

(١) الشيخ أبو علي الطبري : الحسين بن القاسم « الإمام الجليل أبو علي الطبري صاحب « الإفصاح » وله الوجوه المشهورة في المذهب وصنف في أصول الفقه والجدل . وصنف « المحرر » وهو أول كتاب ألف في الخلاف المجرد وتفقه على أبي علي ابن أبي هريرة وسكن بغداد وتوفي سنة ٣٥٠ خمسين وثلاثمائة ، ح ج ٢/٢١٧ طبقات الشافعية الكبرى .

كالأمة ، على السيد مؤنة تجهيزها ، وإن طلقت اعتدت بثلاثة أقراء ؛ لأن العدة حق للزوج فهو يتضرر بنقصانها وتعتد عدة الوفاة بشهرين وخمس ليال بآيامها ، لأنه لا ضرر على الزوج فهي حق لله تعالى وإن كان المقيم رجلا وقد تزوج انفسخ نكاحه ، لأنه تزوج بغير إذن من أقر له ، وهذا يضر ، فيقبل إقراره فيه ، ولا يسقط المسمى بل يجب كله إن دخل ونصفه إن لم يدخل ، ويؤدى مما فى يده أو من كسبه ، فإن فضل فى يده مال ، فهو للمقر له ، وإن عجز المال والكسب عن قضاء دينه تعلق بذمته .

وقوله : وَلَٰغَا إِن تَقَدَّمَهُ ، إقرار بحرية ، أو برق لغير ، وإن كذب .

أى وإنما يقبل بإقراره بالرق إذا لم يسبق منه اعتراف بالحرية ، لأنه صار ملتزما بإقراره بالحرية أحكام الأحرار ، فلا يسقط إلا ببينة ، وكذلك إذا سبق منه إقرار برق لأنه صدق المقر به فهو له ، وإن كذب بطل حقه ، ولا يقبل إقرار العبد لغيره ثانيا بالرق ، لأنه بإقراره للأول قد اعترف بنفى الملك عن نفسه لغيره^(١) ، والتزم بتكذيبه أحكام الأحرار ، ولا يسقط ذلك بإقراره .

(١) وهو المقر له أولا والتزم بتكذيبه له أحكام الأحرار / م .

الفرائض

وقوله : (باب^(١) تقدم في تركة حق تعلق بعين لا لحجر كمرهون وحان وذو مبيع مات مشترية مفلسا) .

أى : من مات وله عين وتعلق بها حق للغير ، كتعلق الدين بالمرهون ، والأرث برقبة الجاني ، وحق البائع بالمبيع إذا مات المشتري مفلساً وإن لم يحجر ، بل الموت كالحجر ، فإنه يقدم بها على مؤنة تجهيز ، وليس التعليق مُنحصراً في هذه الصور الثلاث ، بل تبقى صوراً أخرى ، منها تعليق المنذور له بالعين المنذورة ، والفقراء في الزكاة بالعين والمقرض بالعين المقرضة ، والمعتدة بالمسكن ، والمكاتب إذا أدّى ومات السيد قبل الإيتاء والمال باق ، وأما تعلق الغرماء بالأموال بالحجر ، فإن التجهيز مقدم عليهم ، كما قاله النووي في الروضة عن

(١) أى في الفرائض جمع فريضة بمعنى مفروضة أى مقدرة لما فيها من السهام المقدرة شرعاً، فغلبت على غيرها ، والغرض لغة التقدير قال تعالى « فنصف ما فرضتم آية ٢٣٧ » من سورة البقرة أى قدرتم، وشرعاً نصيب مقدار شرعاً للوارث : والأصل فيه قبل الإجماع آيات الموارث والأخبار الصحيحة ، كخبر الصحيحين « الحقوا الفرائض بأهلها فابق فلأولى رجل ذكر » وكان في الجاهلية موارث يورثون الرجال دون النساء والكبار دون الصغار ، وكان في ابتداء الإسلام بالخلف والنصرة ، ثم نسخ فتوارثوا بالإسلام والهجرة ص ٥٥ جه نيل الأوطار ثم نسخ فكانت الوصية واجبة للوالدين والأقربين ، ثم نسخ بآيات الموارث ، فلما نزلت قال صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا وصية لوارث ص ٣٩ - ٥٥ نيل الأوطار واشتهرت الأخبار بالحث على تعليمها وتعلمها ، منها « تعلموا الفرائض وعلومه - أى علم الفرائض - الناس ، فإنى امرؤ مقبوض ، وإن هذا العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف إثنان في الفريضة فلا يجدان من يقضى فيها ، ومنها « تعلموا الفرائض فإنه من دينكم وأنه نصف العلم وأنه أول علم يزرع من أمي » ص ٥٤ - ٥٥ نيل الأوطار واعلم أن الإرث يتوقف على ثلاثة أمور . (١) وجود أسبابه ، (٢) وجود شروطه ، (٣) وانتفاء موانئه فأسبابه أربعة قرابة ونكاح « وولاء وجهة إسلام وشروطه أربعة (١) تحقق موت المورث أو إلحاقه بالموت (٢) وتحقيق حياة الوارث بعد موت المورث ، ولو بلحظة ، (٣) ومعرفة إدلائه لليت بالجهة ، (٤) والجهة المتقتضية للإرث والموانع أربعة أيضاً قاله ابن الهائم في شرح كفايته ، الرق والقتل واختلاف الدين والنور الحكى وهو أن يلزم من توريث شخص عدم توريثه كآخ أقربا بن لليت ، فيثبت نسب الإبن ، ولا يرث ، لأن إرثه يؤدي إلى عدم الإقرار بالنسب وعدم الإقرار بالنسب لا يؤدي إلى الإرث ، / م .

الإصحاب ، وقوله في الحاوى : يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين
كالمرهون والعبد الجانى ، والمبيع إذا مات المشتري مفلساً ، فيه أمران :
أحدهما قوله : يخرج حق تعلق بعين يرد عليه ما إذا حجر
الحاكم على المفلس ، فإن حقوق الغرماء تعلقت بعين ماله قبل موته ،
ثم يقدم بذلك تعلق كما قدمناه .

الثانى : قوله يخرج من تركة الميت حق تعلق وعد منه المبيع ، إذا
مات المشتري مفلساً ، وقد علمت أن الحق - إذا مات المشتري - مفلساً -
هو الرجوع ، وذلك ليس بحق يُخرج . وإنما هو الخيار فى المبيع ،
فإن اختار الرجوع قدم به ، وهو مراده بقوله يُخرج .

وقوله : (ثم تجهيزه بالمعروف ، ثم دينه ، وهى كالمرهون به
فيلغو تصرف لا لدين حدث بنحو تردى بشر ورد بعيب ، بل إن
لم يؤد وارث ، ففسخ) .

أى : يقدم بعد الحق المتعلق بالعين مؤنة تجهيزه على الدين ،
بحاجته إليه كثياب البدن للمفلس ثم يقضى ديونه : والتركة قبل
قضاء الدين كالمرهون بالدين ، لا ينفذ تصرف الوارث ، فلو تصرف
وهناك دين مقارن لم يصح فإن جهل لأنه كالمرهون وإن لم يكن
مقارناً بل حدث بسبب مقدم كما إذا حفر الميت بشراً عدواناً فتردى
فيها شخص بعد موته ، أو باع الميت معيب وفوت ثمنه ، ثم رد بعد موته
بعيب ، فإن الأصح أن هذا الدين لا يبطل به التصرف بل يجب على
الوارث أن يقضيه فإن لم يفعل ففسخ تصرفه فى التركة نظراً للميت .

وقوله : (ثم وصاياہ من ثلث الباقي ، ثم الباقي لوارثه ، فنصف لزوج وبنت وبنت ابن وأخت لأبوين أو لأب ، والثلثان لكثيرهن)

أى : ثم بعد قضاء الدين ، يقدم وصاياہ من ثلث الباقي أو ثلث الكل ، إن أبرأه الغرماء ، ثم يورث منه الباقي ، بعد ذلك ، واعلم أن الورثة منهم ذو فرض ومنهم ذو عصبه ، فمن كان منهم له سهم مقدر ، فهو من أرباب الفروض ، ومن لم يقدر له سهم وتوريثه مجمع عليه فهو عصبته واحترز بقوله مجمع عليه من ذوى الأرحام ، فإنهم لا يسمون عصبه ، والعصبه إذا انفرد أخذ جميع المال ، ومع أرباب الفروض يأخذ الفاضل عنهم ، ثم الفروض المقدرة ستة ، النصف ، والربع ، والثلث ، والثلثان ، والثلث ، والسدس . فالنصف فرض خمسة ، فرض الزوج حيث لا فرع ، ويفهم من هذا القيد من قوله بعده والربع للزوج مع فرع . ويشترط فى الفرع أن يكون وارثاً وفرض بنت الصلب ، إذا كانت واحدة ، لقوله تعالى : (وَإِنْ كَانَتْ)^(١) واحدة فَلَهَا النِّصْفُ) وفرض بنت الابن عند عدم بنت الصلب ، وفرض الأخت للأبوين إذا انفردت ، وفرض الأخت للأب عند عدم الأخت للأبوين ، والثلثان فرض كثيرهن ، يعنى البنات وبنات الابن ، والأخوات لأبوين ، والأخوات لأب ، والمراد بالكثير ما فوق الواحدة ، قال الله تعالى : (فَإِنْ^(٢) كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ) قال العلماء كلمة فوق زيادة ، كما قال تعالى : (فَاضْرِبُوا^(٣)

(٢) ١١ من سورة النساء أيضاً .

(١) آية ١١ من سورة النساء

(٣) آية ١٢ من سورة الأنفال .

فَوْقَ الْأَعْنَاقِ) ولحديث الأنصارية ، وقوله يا رسول الله صلى الله عليك وسلم ، هاتان بنتا سعيد بن الربيع قتل أبوهما معك يوم أحد فَأَخَذَ عَمَهُمَا مَالَهُ وَاللَّهُ لَا يَنْكِحَانِ وَلَا مَالَ لُهُمَا ، فقال صلى الله عليه وسلم يقضى في ذلك ، فنزل قوله تعالى : (فَإِنْ^(١) كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ) قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمهن : « أعط البنتين الثلثين ، والمرأة الثمن وخذ الباقي^(٢) »

وقوله : (وَعَصَبَ كُلًّا أَخٌ سَاوَتْهُ^(٣) ، والأخريين الأوليان)

أى : ويعصب كل واحدة من هؤلاء الأربعة أخٌ مساوياً في الدرجة وكيفية الإدلاء ، فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وغير الحاوى فيهما معا لا يعصب فالأخ من الأبوين لا يعصب الأخت من الأب ، بل يحجبها ، والأخ من الأب لا يعصب الأخت من الأبوين بل تأخذ فرضها معه . وتعصب الأخريين وهما الأخت للأبوين والأخت للأب ، ، الأوليان وهما البنت وبنت الابن ، فإذا اجتمعت بنت أو بنت الابن وأختان ، فلبنت أو بنت الابن النصف والباقي للأخوات ، فإن كن متفرقات فالباقي للأخت من الأبوين ، لأنها تحجب الأخت من الأب ، والبنت تحجب الأخت من الأب ، فإن اجتمعت البنت وبنت الابن مع الأخت للأبوين أو

(١) آية ١١ من سورة النساء .

(٢) والحديث رواه الخمسة إلا النسائي ص ٥٦ ج ٦ نيل الأوطار .

(٣) أما غير المساوى في كيفية الأدلاء فلا يعصب كالأخ لأبوين لا يعصب الأخت لأب بل يمنها ويحجبها والأخ لأب لا يعصب الأخت لأبوين بل تأخذ فرضها منه / ف .

للأب ، فلبنت النصف ، ولبنت الابن السدس ، والباقي للأخت^(١)

الأكدرية

وقوله : (أَوْجَدٌ ، نعم في الأكدريّة ، فرض للواحدة وله ، وقسم أثلاثا) .

أى : ويعصب الأخرين الأوليان أو أحدهما ، وحكم الأخوات مع الجد كحكمهن مع الأخ ، كما في مقاسمة الجد والأخوة ، فلا يفرض لهن معه إلا في الأكدرية ، وهى أخت واحدة لأب ، أو لأبوين مع زوج وأم وجد ، فللزوج النصف وللأم الثلث وللجد السدس ، ويفرض للأخت النصف ، وتُعال المسألة من ستة إلى تسعة ، ثم يقسم الجد والأخت ما فرض لهما أثلاثا ، وتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة ، وهى ثلث كل المال ، وللأم ستة وهى ثلث الباقي وللأخت أربعة وهى ثلث الباقي بعد الأم والجد الباقي وهى ثمانية ، وإنما يفرض للأخت هنا ، لأن الجد لا يمنع من أصل فرضه ، ولا يمكن إسقاطها ، فرجعت إلى فرضها ، ولا سبيل إلى تفضيلها على الجد ، فيفرض لها للزحم وقسم بينهما بالتعصيب ، ولو كان بذل الأخت أخاً سقط ، إذ لا فرض له ، ولو كان أختان ، يفرض للزوج النصف وللأم السدس ، وقاسم الجد الأختين في الباقي مناصفة ، ولا فرض ولا عول .

(١) تأخذه تمصياً لأن الأخوات مع البنات تعصبن ، وهذا ما يعبر عنه الفقهاء بالعصبة مع الغير أشار إليها صاحب الرجبية بقوله : والأخوات إن تكن بنات : فهن مهون مصبات « / م .

وقوله : (وَعَصَبَ بنت ابن ، لا فرض لها ، ابْنُه وإن سَفَلَ) .

أى : وإن كانت أعلى كابن ابن عمها وإن سفل من ذلك . قال
الفرضيون : المستقل من أولاد الابن يعصب أخته وعمته وعمه أبيه ،
وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده أما تعصبيه من هو
فى درجته فكغيره ، وأما تعصبيه من هو أسفل منهما ، فلأنه لا يمكن
إسقاطه لأنه عَصَبَةٌ ذكروا إذا لم يسقط ، فكيف يفرد بالميراث مع
بُعْدِهِ ، ولو كان فى درجتها ما انفرد به دونها فجعل كأنه فى درجتها ،
ولهذا لا يعصب من هى أسفل منه ، ولا يعصب من هو فوقه إذا كان
لها فرض كما لو خلف بنتا وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، فلبنت
النصف ولبنت الابن السدس وله الباقي .

وقوله : (ورُبُعٌ لزوج مع فرع ولزوجة فأكثر دونه ، ومعه ثمن) .

أى : الربع فرض الزوج إذا كان معه فرع^(١) وارث للميتة
كالبنت والابن وابن الابن وإن سفل ، وهو فرض الزوجة والزوجات
مع عدم الفرع المذكور ، فإن كان له فرع وارث ، فللزوجة والزوجات
الثلث .

وقوله : (وثلث لأُم ولولدى أُم ، فأكثر ، فيشاركهم فيه عصبه
لأبوين ، مع زوج وأُم أو جدة) .

أى والثلث فرض الأُم ، إذا لم يكن للميت فرع وارث ، ولا

(١) ولو من غير الزوج الوارث لها بأن كان من زوج آخر / م .

اثنان من الإخوة والأخوات ، وهذا التقييد يفهم مما بعد . والثلث ما يعد أيضاً فرض ولدى أم فأكثر يسوى فيهم بين الذكر والأنثى ، ويشاركهم فيهم العصبه للأبوين ، إذا كان الميت امرأة وخلفت زوجاً وأما وأخوين للأم ، وأخا أو إخوة لأبوين ، فللزوج النصف ، وللأم السدس ، ولولدى الأم الثلث ولم يبق للعصبه شئ ، فيشاركهم الإخوة للأبوين لاستوائهما في قرابة الأمومية ، وتسمى المشتركة وتسمى الحمارية ، لأن أولاد الأبوين قالوا لعمر رضى الله تعالى عنه : هب أبانا حماراً أليست أمنا وأمهم واحدة ويشترط للتشريك ، أن يكون في المسألة زوج ، ومن له سدس من أم أوجدة ، وأن يكون ولد الأم أكثر من واحد ، وإلا فله السدس والباقي للعصبه ، وأن يكون فيها عصبه بالأبوين فلو كان لأب سقط ولو كانت أختا أو إخوة بلا أخ فرض لهن ، وعالت المسألة ، ولهذا اشترطت عصبه الأبوين .

وقوله : وثُلُثُ باقٍ لأم مع أحد زوجين ، وأب .

أى وثُلُث الباقي فرض الأم إذا كانت مع أب وأخذ الزوجين الزوجة أو الزوج ، فلو هلك رجل وخلف أباً وأماً وزوجة ، فللزوجة الربع ، ويتبقى ثلاثة أرباع للأم ثلثها والباقي للأب ، ولو كانت الهالكة امرأة مزوجة ، للزوج النصف وللأم ثلث الباقي وهو السدس وللأب الباقي وهو الثلث .

وقوله : (وسدس لقربى بنات ابن أدلت بذكر مع بنت ، أو أقرب منها ، ولأخت لأب فأكثر مع أخت لأبوين ، ولجدة فأكثر لم تدل

بذكر بين أنثيين ، ولا يُميّز ذات جهتين ، ولولد أم ، ومع فرع لأبٍ وجدٌ لم يدل بأنثى ، ولأم كعم أخوة بكثرة) .

أى والسدس فرض لجماعة ، منهم بنت الابن القربى مع بنت الصلب الواحدة ، ولا تُشاركها بنت ابن أبعد منها ، فإن كانتا اثنتين ، فلا شيء لبنت الابن ، فإذا خلف بنتاً واحدة ، وبنت الابن أو أكثر فى درجة ، فَلِلبنت النصف ولبنت الابن وبناته السدس ، فلو خلف بنت بنت ابن فلا شيء لها لأنها مُدلية بأنثى ، وعنها احترز بقوله أدلت بذكر ، وإن خلف بنت ابن وبنت ابن ابن فللقربى النصف والسدس للتي بعدها .

والسدس أيضاً فرض الأخت للأب فأكثر مع الأخت الواحدة للأبوين فإن كانت مع أختين لأبوين فلا شيء لها ، لاستكمالهما الثلثين .

والسدس أيضاً فرض الجدة واحدة كانت أو أكثر من جهة الأب كانت أم من جهة الأم ، وإنما تمنع إذ أدلت بذكر بين أنثيين ، كأُم أب الأم فإنها لا ترث ، أما من تدلى بمحض الذكور ، كأُم أب الأب ، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور ، كأُم أم أب الأب ، فإنهن يرثن .

فإن كانت فيهن جدة مدلية بجهة واحدة ، وجدة مدلية بجهتين لم يفضل ذات الجهتين ، بل يقسم السدس بينهما ، بالسوية .

وصورة ذات الجهتين ، أن تكون لامرأة بنتان ، فتزوج ابن

إحداهما بنت الأخرى ، وولدت ولدا فالمرأة جدته لأمه ولأبيه ،
فلا تقدم على أم أب الأب .

والسدس أيضاً فرض ولد أم الواحد ، ذكراً كان أو أنثى لقوله
تعالى : (وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ^(١)) والمراد أخ
أو أُختٌ من أم ، وهذا في قراءة ابن مسعود .

والسدس أيضاً فرض الأب إذا كان مع فرعه كابن وابن ابن
وكذا لو كان له بنت أو بنتان ، فله السدس لكنه يأخذ ما زاد على
الفرض بالعصوبة ، وإن لم يكن مع الأب فرع أخذ المال كله بالعصوبة .

والسدس أيضاً فرض الأم مع الجد إذا كان للميت فرع [وارث^(٢)]
ولو بنتاً [كالأب^(٣)] إلا أنه يشترط في إرثه أن لا يدلى بأنثى ، كآب
الأم ، فإنه لا يرث .

والسدس ، أيضاً لفرع الأم ، فإذا كان للميت فرع وارث ولو
بنتاً واحدة ، فلأمه السدس^(٤) ، وإنما قدم قوله : مع فرع ، ليشمل
المسائل الثلاث ، وكذلك فرضها السدس ، مع أخوة بضم الهمزة والخاء
وتشديد الواو ، والمراد بالكثرة ما زاد على الواحد ، فإن كان للميت
أخوان من أم أو من أب أو منهما ، أو واحداً من أم وواحداً من أب ،
فلأم معهما السدس .

(١) آية ١٢ من سورة النساء .

(٢) في (ب) « وارث ولو بنتاً » وساقط من (أ) .

(٣) أن يكون إرث الجد في هذه الحالة بشرط (أن لا يدلى بأنثى كما ذكره) كإرث الأب فيكون الجد مثل الأب

في هذه الصورة ، وإذا وجد الأب حجب الجد / م .

(٤) ولا شيء لولد الأم مع الفرع الوارث لأنه يحجب بالأصل الذكر والفرع الوارث / م .

العصبة

وقوله : (وبقاى أو كُـلُّ لعصبة) .

أى وما بقى من أهل الفروض فهو للعصبة ، إن كان هناك أهل فرض ، وإن لم يكن فالكل للعصبة .

وقوله : (وهى ابن ثم ابنه وإن سفل ، ثم أب ثم أبوه وإن علا ، وولده ، ويعادٌ بغير وارث) .

أى وأولى العصبات الابن وإنما قدمناه على الأب لأن الله تعالى جعل للأب معه السدس وجعل له الباقي ، ثم الأولى بعد البنين بنوهم ، وإن سفلوا ، ثم الأب ، لأن سائر العصب يدلى به ، ثم الجد والإخوة لأبوين أو للأب وهو وهم فى درجة واحدة ، لا يسقطهم بل يرثون معه ، كما سيأتى ، ولهذا قال ولده فجمع بينهما بالواو ولم يرتب بثم ، والمراد ولد الأب الأعلى ، أما ابن الأخ فالجد يسقطه ، فإذا اجتمع جد وأخوان مثلاً وأخ للأب عادَّ الأخ للأبوين الجد بالأخ من الأب ، فيعطى الجد الثلث ثم يأخذ ابن الأبوين الباقي ، لأنه يحجب ابن الأب وهذه تعرف بمسألة المعادة ، ولو خلّف جدًا وأخًا لأبوين ، وأختًا لأب ، أخذ الجد سهمين من خمسة ، وأخذ الباقي الأخ بحكم المعادة ، فلو كان مع هؤلاء أخت للأبوين ، كان للجد الثلث .

وقوله : (وللجد الخير من ثلث وقسمة^(١)) ، وحيث فرض ، فمن ثلث باق^(٢) ، وسدس^(٣) وقسمة^(٤) .

أى اعلم أنه إذا اجتمع جد وإخوة ، فقد يكون معهم ذو فرض واحد أو لا يكون .

الحالة الأولى : أن يكون للجد الأغبط من ثلث الجميع والقسمة ، وحيث يكون معه أخ أو أخت ، أو أخ وأخت ، أو ثلاث أخوات ، فالقسمة خير له ، وإن كان أخ وأختان أو أربع أخوات ، فالقسمة والثلث سواء ، وما عدا ذلك فالثلث خير له .

والحالة الثانية : أن يكون معهم ذو فرض ، واستغرقت المال ، أو بقى السدس ، فيأخذه في الأولى عائلا ، وفي الثانية كاملا ، ويسقط الإخوة ، وإن بقى أكثر من السدس ، فله الأغبط من ثلث الباقي والقسمة والسدس ، فإن كانت الفروض النصف والقسمة أغبط مع أخ وأخت أو ثلاث أخوات ، وإن زادت واحدة استوت القسمة وثلث الباقي والسدس ، فإن زاد أكثر ، فثلث الباقي والسدس سواء . وفي كلام القونوى في هذا الموضوع اضطراب يفهمه من يقف عليه ، وإن كانت الفروض فوق نصف دون ثلثين كبنت وزوجة ، فالقسمة خير من أخ أو أختين لأكثر ، بل يفرد بالسدس ، وإن كان الفرض

(١) مثاله مات وترك زوجة وأختا وجدا ، أصلها من أربعة للزوجة سهم وللهي سهران ، وللأخت سهم ، ٥ / .

(٢) مثال ثلث باق مات رجل وترك زوجة وثلاثة أخوة وجدا ، أصلها من اثني عشر ، للزوجة الربع والجد ثلث مابق والأخوة ستة لكل واحد سهران ، ٥ / .

(٣) مثاله مات رجل وترك بنتا وجدا وأما وأخوين ، أصلها من ست وتسع من اثني عشر للبنت ستة وللأم سهران وللهي سهران ولكل أخ سهم ، ٥ / .

قدر الثلثين فإن خلف بنتين ، فالقسمة خير مع الأخت الواحدة ، وإلا فالسندس ، وإن خلف أمًا وجدًا وأخًا ، فللأم الثلث والباقي بين الجد والأخ نصفين ، فإن كان بَدَل الأخ أُخت ، فعندنا وهو مذهب زيد - أن للأخت ثلث الباقي ، وللجد الثلثين فهذه المسألة ، تعرف بالخرق لتخرق أقوال الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيها ، فعند أبي بكر رضى الله تعالى عنه للأخت الثلث والباقي للجد وعند عمر رضى الله تعالى عنه للأخت النصف والباقي للجد والأم أثلاثاً ، وعند عثمان رضى الله تعالى عنه لكل منهما الثلث ، وعند علي رضى الله تعالى عنه ، للأخت النصف وللأم الثلث وللجد الثلث ، وعند ابن مسعود رضى الله تعالى عنه ، للأخت النصف والباقي بين الجد والأم بالتسوية .

وقوله : (فللأخت عادت إلى النصف والباقي لولد الأب ، ولأكثر إلى الثلثين) .

أى إذا كان المعادة للجد ، بولد الأب أنثى ، فلا يؤخذ ما حجب عنه الجد كله إلا إذا كان النصف فما دونه ، فإن زاد على النصف شئ فهو لولد الأب كما إذا خلف جدًا وأختا لأبوين وأخا لأب ، كانت المسألة من خمسة ، للجد سهمان ، وللأخت سهم وللأخ سهمان ثم من يد الأخ تمام النصف ، ولم يوجد أصل فتضرب المسألة وهى خمسة فى مخرج النصف وهو اثنان تكون عشرة فتضرب للجد اثنان فى اثنين أربعة ، وللأخت واحدة فى اثنين ، اثنان ، وللأخ اثنان فى اثنين ، أربعة ، تأخذ من يده ثلاثة للأخت للأبوين مع الاثنين

فتكون خمسة تمام النصف وسهما^(١) له ، فإن كانتا اثنتين فأكثر ،
أخذ بالحكم المعادة إلى ثُلُثَيْن ، وفهم بقوله إلى النصف أنه قد بقي
لها دونه ، كما إذا خلف أختا لأبوين وأخا لأب وجدا وزوجة ، فإن
لزوجته الربع والباقي يقسم خمسة أسهم ، للجد سهران وللأخت ثلاثة
وهو أقل من النصف ، وأفهم بقوله إلى الثلثين أنه قد يبقى دونهما ،
كما إذا خلف أختين لأبوين وأختا لأب وجدا ، فيقسم المال خمسة
للجد سهران ، ولهما ثلاث وهو أقل من الثلثين ، ويستكمل الثلثين ،
إذا كُنَّ أربع أخوات اثنان لأبوين واثنان للأب ، وللجد معهن الثلث ،
لا ينقص عنه وإن كثروا سواء كن نساءً أو نساء معهن رجال من أب .

وقوله : (ثم أخ لأبوين ثم لأب ، ثم بنوهما كذا ، ثم عم
لأبوين ثم لأب ثم بنوهما كذا ، ثم عم أب ثم بنوه ، ثم عم جد ،
ثم بنوه وهكذا) .

إذا لم يخلف الميت فروعاً ولا أصولاً فالعصبة ، الأخ للأبوين ،
فإن فقد فالأخ للأب ، ثم ابن الأخ للأبوين ثم ابن الأخ للأب ،
يقدم ابن الأخ للأبوين على ابن الأخ للأب ، ويقدم ابن الأخ
للأب على ابن ابن الأخ للأبوين ، كما قدم الأخ للأب على ابن الأخ
لأبوين ، وإلى هذا أشار بقوله : ثم بنوهما كذلك ، وقد اعترض
القانونى على صاحب الحاوى ، فعلم منه أن ابن الأخ من الأب
مقدم على ابن ابن الأخ للأبوين ، والحق أن ذلك مفهوم من كلامه

(١) أى للأخ من الأب بعد أخذ الثلاثة أسهم منه لتكاملة النصف للأخت الشقيقة ، م / .

كما بيناه ثم عم للأبوين ثم عم للأب ثم بنوهما كذلك ، فراعيننا
فى بنى الأعمام ما راعينا فى بنى الإخوة وعلى هذا الترتيب فى عم الأب
وبنيه ثم عم الجد وبنيه ، يقدم البعيد من الجهة المقدمة على القريب
من الجهة المؤخرة كابن الابن وإن سفل مقدم على الأخ ، ويقدم
ابن الأخ وإن سفل على العم ، ويقدم ابن العم وإن سفل على عم
الأب ، وإن استويا فى درجة العصوبة ، قدم من يدلى بالأبوين على
من يدلى بالأب ، إذا كان فى درجته لقوته ، ولكن ليس لولده ذلك
القرب .

وقوله : (ثم معتق ولو عاوضه ، ثم ذكور عصبته ، بتقدير أنه
الميت على دين العتيق ويؤخر هنا جد عن أخ وابنه) .

أى فإذا لم تكن عصبه من جهة النسب وله معتق ، وهو عصبه
بالولاء ، سواء كان المعتق رجلا أو امرأة ، لقوله عليه الصلاة
والسلام «الولاء لمن أعتق»^(١) وسواء كان العتق بعوض من العبد أم لا ،
فيثبت الولاء على من أعتق بكتابة أو بشرائه نفسه ، كأن قال
السيد : بعتك نفسك بألف وقال : اشتريت ، فإنه يعتق ويلزم الألف
ذمته ، وكذا لو قال أعتقتك بألف فقال قبلت ، ويثبت له عليه
الولاء كما لو اعتقه الله تعالى ، وإن كان العوض من غير العبد ، كما
إذا قال له : اعتق عبدك لله بألف فأعتقه ، فإن مات المعتق صار

(١) صح عن النى صلى الله عليه وسلم أنه قال «الولاء لمن أعتق» وفى رواية للبخارى «الولاء لمن أعطى الورق وولى
النعمة الحديث ص ٦٨ ج ٦ نيل الأوطار .

الولاء للذكور عصبته دون الإناث فلا ترث امرأة من الولاء ، إلا من عتيقها ، أو ممن ينتمى إلى عتيقها بنسب أو ولاء ، وإذا ورثه عصبه المعتق ورثوه كما يرثون المعتق لو كان هو الميت اليوم على دين العتيق ، فإن مات العتيق مسلماً ورثه من العصبه من كان مسلماً ، لأنه لو مات المعتق اليوم مسلماً لما ورثه إلا المسلم من عصبته ، ولو كان العتيق كافراً ، لو خلف ثلاثة بنين فأوّلدهم واحداً والآخر أربعة والثالث خمسة وهلك الثلاثة وبقي بنوهم اقتسموا إرث العتيق أعشاراً ؛ لأنه لو مات المعتق اليوم لورثوه كذلك . والصحيح أن الجد في الولاء يؤخر عن الإخوة ، لأن الجد أبو أب المعتق ، والأخ ابن أبي المعتق ، والبنوة أقوى في العصبية ، وإنما لم ترث إناث العصبه في الولاء لأن الذكر لا يعصب الأنثى إذا تراخى النسب كابن الأخ والعم لا يعصب أخته فالولاء أضعف من النسب المتراخى ، فإذا لم ترث بنت العم ، فبنت المعتق أولى أن لا ترث .

وقوله : (ثم مُعْتِقُهُ ، ثم عَصَبَتُهُ ، أو معتق أصل لمن رَقَّ أحد آبائه ، دونه) .

أى فإذا لم يبق للميت معتق ولا عصبه فعصبه الميت معتق المعتق ، فإن لم يَمَسَّه الرِّقَّ وَمَسَّ أحد أصوله ، فعصبته معتق أصله ثم عصبته ، فإن مَسَّه الرِّقَّ وَمَسَّ أصله قدم معتقه ثم عصبته ، ثم بيت المال .

وقوله : (والأولى به ، فيجره ، لا لنفسه معتق أب ، ثم أب ، فأب ،

ثم ذى قُربٍ ، ثم ذكورة لم تتمحض ، لجهة أب ، ثم أنوثة ، ثم بجهة أم كذلك^(١) .

أى والأولى بالولاء فيمن رَقَّ أحد آبائه دونه معتق الأب ويتقرر له الولاء ثم معتق الجد إن لم يكن أباً أو كان وهو رقيق ، فإذا اعتق جرَّ الولاء إلى مواليه ، ويجره أيضاً من موالى الأم إلى مواليه .

ويتصور أن يكون الولد حراً لم يمسه رِقٌّ وأبواه رقيقان ، فيما إذا تزوج رقيق امرأة زعمت أنها حرة أو اعترفت بذلك ثم ولدت له ولداً ، وبانت أمه ، فإن الولد يكون حراً بينهما وكذلك إذا وطئ الرقيق أمةً ظنها زوجته الحرة ، فإن الولد يكون حراً أيضاً ، فإذا أعتقت أمه ثبت الولاء عليه لمواليتها فإذا أعتق أبوه بعد ذلك انجر الولاء إلى مواليه ، وتقدم معتق الجد القائم مقام الأب على معتق الأم ، ويجر الولاء منها وإن كان بعيداً ، وإذا اعتق الأب غيره . أما إذا اشترى أباه فعتق عليه فإنه لا يجر ولاء نفسه من معتق أمه ، فإذا لم يعتق أحد من آبائه العصباء فإنه يعتبر القرب ، فيقدم معتق الأم على معتق أم الأب ، ومعتق أم الأم على معتق أم الأب ، فإن استوا في القرب يقدم بالذكورة غير المحضة في جهة الأب ، وهى التى يُدلى الذكر فيها بالأنثى على الأنوثة في جهة الأب ، فيقدم معتق أب أم الأب على معتق أم أمه ، ثم بالأنوثة من جهة الأب على الذكورة

(١) أى ثم يقدم بذكورة من جهة أم ، على الأنوثة من جهتها ، فيقدم معتق أب الأم على معتق أم الأم ، ويقدم بذكورة ثم بذكورة غير محضة ، بالأنوثة المحضة من جهة الأم ، كالترتيب من جهة الأب في تقديم الذكورة من جهتها فيقدم معتق أب الأم على معتق أم الأم لما مر / ف .

من جهة الأم ، فيقدم معتق أم أم الأب على أب أب الأم ، ثم يقدم بالذكورة من جهة الأم على الأنوثة من جهتها ، فيقدم معتق أب الأم على معتق أم الأم ، ولو خلف إنسان حرّاً من حُرَيْنِ ، لا ولاء عليهما وكان في أجداده رقيق ، ويتصور في نكاح الغرور ، ووطء الشبهة فإذا أعتقت أم أمه ، ثبت الولاء عليه لمعتقها ، فإذا أعتقت بعد ذلك أبو (١) أمه جر الولاء إلى مولاه ، وإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك انجر الولاء إلى من أعتقها ، فإذا أعتق أبو أبيه (٢) بعد ذلك انجر الولاء إلى مولاه واستقر عليه ولو كانت المسألة كحالتها لكن أبوه رقيق فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء انجر الولاء إليه ، وقوله في الحاوي يقدم جهة الأب ويجر ولاء غيره مقرب أو أقرب ، ثم ذكر كل فيه أمور :

أحدها : قوله إن الولاء ينجر إلى جهة الأب مقررّاً إن أراد بجهة الأب خاصة ، فلا شك أن الولاء ينجر إليه مفرداً ، ولكن يكون قد أهمل ذلك الحد ، وإن أراد ما فسر به الشارحون جهة الأبوة وهو مشكل لأننا قد بيّنا أنه ينتقل من جهة الأبوة غير مقرر حتى ينتهي إلى الأب ثم يتقرر .

الثاني : قوله وأقرب ، إن أراد إما الأقرب ، مقدم على الإطلاق فهو مشكل ؛ لأن معتق أب الأب مقدم على معتق الأم فهي أقرب ، وإن أراد : أقرب في جهة الأب خاصة فهو مشكل أيضاً ، فإن معتق أب الأب مقدم على معتق أم الأب وهي أقرب في جهة الأب .

(١) الراجع لغة أبا أمه لأن الأسماء الخمسة تنصب بالالف وترفع بالواو وتجر بالياء إذا كانت مفردة مكبرة مضافة لغير ياء المتكلم .
(٢) فيه ما ذكرناه في الهامش السابق .

الثالث : أن شارحي الحاوى فسروا قوله أقرب ، أن مراده أقرب أصل من أصول من لم يَمَسَّه الرُّقُّ فيكون مقتضى عطفه بالواو التشريك بين جهة الأب والأقرب فمن التقديم ، فيكون معتق الأم مساوياً لمعتق أب الأب ، لأن هذه فضيلة القرب ، وفي هذه فضيلة الأبوة .

الرابع : قوله : ثم ذكر ، يقتضى أن يكون الأقرب مقدماً على الذكورة في كل عطفه بشم ، وقد بيَّنا أن معتق أب أب الأب مقدم على معتق أم الأب ، والقرب والذكورة ، إنما يطرد هذا الحكم فيها ، في غير محض الآباء ولهذا عطف في الإرشاد بشم وقد بيَّناه ، واكتفى في جهة الآباء بترتيبها عن ذكر القرب ، وللذكورة لأنه جعل الأول أولى من الجد ، وكل أب أولى من أبيه ، وجعل أب الأب وإن علا أولى من الأم ، لما بيَّناه أن الولاء في الأب ينجر من معتق أمه إلى معتق أبيه .

الخامس : أنا إن قلنا إن المراد الذكورة تدلى فيها بالأنوثة ، فهو مشكل لأن مقتضى قوله : ثم ذكر كل معتق أب أم أبيه ، مقدم على معتق أمه ، ولا يخفى فساد ذلك فعلمت أن للذكورة هنا حالة لا يتراخى إلا عند تساوى الدرجة ، وأن الأقرب هنا مقدم على الإطلاق .

السادس : أن مقتضاه أيضاً ، تقديم الذكورة من جهة الأم على الأنوثة من جهة الأب ، وليس كذلك ؛ فقد صرح في العزيز والروضة وغيرهما^(١) ، أن أم أم الأب ، مقدم على معتق أب أم الأم بل مقدم على أب الأم .

(١) عبارة (ب) « أن أم أم الأب مقدمة على أم الأم بل تقدم على أب الأم » وهو الموافق لعبارة العزيز والروضة ، اللذين نقل عنها ، والكلام في معتق كل من هؤلاء ويكون المعنى أن معتق أم أم الأب مقدم الخ . والظاهر أن كلمة (معتق) ساقطة من صدر الكلام بعد كلمة (أن) في (أ) .

وقوله : (فَلَبِنتِ انْفَرَدْتُ مِنْ أَبٍ أَعْتَقْتُهُ ، هِيَ وَابْنُ ، مَا سَوَى الثَّمَنِ ، وَمِنْ عَتِيقِهِ كَمَنْ الْأَخُ نِصْفٌ وَرَبْعٌ) .

أى إذا كان رجل رقيقاً وله ابن وبنت حُرَّان ، فإن اشترياه ، وعتق عليهما فمات الابن ثم مات الأب ، وخلف البنت وحدها حازت التركة إلا ثمنها ، لأن لها النصف فريضة ولها نصف الباقي وهو ربع الجميع ، لكونها ، معتقة نصف أبيها ولها نصف الباقي أيضاً وهو ثمن الجميع لكونها معتقة نصف أب معتق النصف الآخر ، وهو أخوها ، وبقي من التركة الثمن لبيت المال ، ولو كان للأب عتيق ومات بعده ولم يخلف غيرها فلها من تركته النصف والربع ، أما النصف فلكونها معتقة نصف معتقه ، والربع لكونها معتقة نصف أصل معتق نصف من أعتقه ، وكذا لو مات الأخ بعد الأب وخلفها وحدها أخذت النصف بالفريضة ونصف نصف وهو الربع ، لكونها معتقة نصف أبيه والباقي لبيت المال .

وقوله : فى الحاوى^(١) : فَرَدَّةُ أَرَادَ انْفَرَدْتُ وَلَا يَخْفَى مَا بَيْنَ الْعَبَارَتَيْنِ ، فَإِنَّ الْفَرْدَةَ يَفْهَمُ أَنَّهَا بِنْتُ وَاحِدَةٍ ، لِأَنَّهُ لَا وَارِثَ غَيْرِهَا انْفَرَدَتْ ، وَلِهَذَا نَقُولُ انْفَرَدَتْ النِّسْوَةُ ، وَلَا نَقُولُ فَرْدَةُ النِّسْوَةِ ، وَلَوْ مَاتَ عَتِيقُ الْأَبِ وَخَلَفَ هَذِهِ الْبِنْتُ وَأَخَاهَا كَانَ الْوَلَاءُ لِلْأَخِ خَاصَّةً ، لِأَنَّهُ عَصْبَةٌ بِنَفْسِهِ دُونَ الْبِنْتِ وَحَكَمُوا أَنَّهُ غَلَطَ فِي هَذِهِ أَرْبَعُمِائَةٍ قَاضٍ أَشْرَكُوهَا مَعَهُ فِي الْوَلَاءِ .

(١) وفى ح « فلبنت فردة اشترت وابن الأب غير ثمن ومن عتيقه والأخ نصف ورابع » .

وقوله : (ومن أختٍ أعتقت معها الأم ، والأم وأجنبي الأب
الثلثان وثلث للأجنبي) .

أى فلو أعتقت هذه البنت المنفردة هى وأخت لها أمهما ، ثم
إن الأم أعتقت أباهما هى وأجنبي ، ثم ماتت إحدى البنيتين بعد موت
الأبوين وانفردت الأخرى ، فلها ثلثا مال الميت ، والثلث للأجنبي ؛ لأن
لها النصف بالفريضة ، والنصف الثانى لمعتق الأب ومعتقة الأم والأجنبي ،
فربع الجميع للأجنبي والربع للأم فيكون لمعتقها - ومعتقها الأختان -
فلكل منهما الثمن ، لكن إحداها ميتة فنصيبها وهو نصف الثمن
لمعتقها - ومعتقها الأختان - فتدور المسألة ، لكنه دور يعلم منه
أن للأجنى من النصف ضعف ما للأخت فيجعل النصف بينهما أثلاثاً ،
فتقسم التركة من ستة أسهم نصفها وهو ثلاثة للأخت بالفريضة ،
وسهما آخر لها بالولاء ، وسهمان للأجنبي ، وأما ابن الحداد^(١) فقال :
السهم الدائر وهو الثمن فى بيت المال ، وقال غيره : جعل هذا الثمن
كأن لم يكن وتقسم التركة على سبعة ، خمسة لها وسهمان للأجنى .
وقوله : (ثم بيت المال ، ثم يرد بالنسبة فى ذوى الفروض ،
بزوجته ، ثم ذو رحم ، كل كمن يدلى به) .

(١) ابن الحداد . الإمام الجليل أبو بكر بن الحداد المصرى صاحب « الفروع » وصاحب ذيل الفضل الذى هو على
الرموس محمول وعلى العيون موضوع ، ولد فى سنة ٢٥٦ ست وخمسين ومائتين وأخذ الفقه عن أبي سعيد الفريابى وبشر بن نصر
ومصور بن إسماعيل الضرير وجالس أبا إسحاق المروزى لما ورد مصر . وأدخل بغداد سنة ٣١٠ عشرة وثلاثمائة واجتمع
بالصيرفى الاصطخرى ولم يتهأ له الاجتماع بآبن مريج وكان الشيخ وحده فى حفظ القرآن الكريم لإمام عصره فى الفقه بحراً
واسعاً فى اللغة وله كتاب « الباهر » فى الفقه ، وكتاب « الفروع المولودات » المختصر المشهور الذى شرحه عطاء الأصحاب
منهم القفال والشيخ أبو على السنجى والقاضى أبو الطيب الطبرى والقاضى الحسين المروزى وغيرهم . وقال ابن زولاق
فى شوال سنة ٣٢٤ سلم محمد بن طنج الأخشى قضاء مصر إلى أبى بكر بن الحداد وكان أيضاً ينظر فى المظالم وحج ومرضى
وتوفى عند البير والجيزة لاربع بقين من المحرم سنة ٣٤٥ ودفن بسفح المقطم عند قبر والدته وحضر أبو القاسم الإخشيد
وأبو المسك كافور جنازته .

أى فإن لم يكن للميت عصبه ولا معتقة أصل ، فعصبته بيت المال ، فيكون له الكل عند عدم الوارث ، والفاضل عن ذوى الفروض عند وجودهم كالبنات ونحوهن ، فإن لم يكن للمسلمين بيت مال ، أو كان ولم ينتظم أمره رد المال الباقي على ذوى الفروض ما خلا الزوج والزوجة على الأصح لعدم القرابة ، فإن لم يكونوا صرف المال إلى القاضى إن كان فيه شروط القضاء وأُذِنَ له أن يتصرف فى المصالح ، وكذا إن لم يؤذن له على الأصح ، وإن لم يكن صرف لأمين فى المصالح ، إن كان فى يده ، وإلا سُلِّمَ إلى أمين ثم الرد على ذوى الفروض يكون بنسبة فروضهم إن تعددت جهاتها ، وإن كان شخصاً واحداً دفع إليه فرضه والباقي بالرد ، وإن كانوا جماعة من صنف . فالباقي بينهم بالتسوية ، فإن ماتت عن زوج وبنت وأم ، فالمسألة من اثني عشر ، للأم سدسها ، وهو اثنان وللبنت نصفها ، وهو ستة ، وللزوج الربع وهو ثلاثة ، يبقى سهم ، ثلاثة أرباعه للبنت وربعه للأم ولا شئ للزوج منه ، فإن لم يكن ذو فرض أخذه ذو رحم ، كل كمن يدلى به ، فيه إشارة إلى مذهب أهل التنزيل لأنهم ينزلون كل فرع منزلة أصله ، ويقدمون الأقرب إلى الوارث وينزلون ، الخالات والأخوات بمنزلة الأم ، والأعمام من الأم ، والعَمات مطلقاً بمنزلة الأب ، وأهل القرابة يورثون الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب كالعصبه ، فإن استووا فى القرب ورثوا جميعاً .

وقوله : (ويقدم الأسبق إلى وارث ، ثم افرض الوارث ، ورث ورثوه ، وسو بين فروع ولد الأم ، وخثولة ، كأومة ، وعمومة كأوبة) .

أى ويقدم الأسبق من ذوى الأرحام إلى الوارث إلى الميت ، فبنت ابن البنت ، وبنت بنت الابن عند أهل التنزيل كالبنت وبنت الابن ، نظراً إلى القرب من الوارث ، وأهل القرابة يقدمون بنت البنت فتأخذ كله ، لأنها أقرب إلى الميت .

ولو خلف بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ، فالمال للثانية للاتفاق لاستوائهما فى القرب من الميت وَأَنْفَرَدَتْ الثانية بالقرب من الوارث .

وَيُنْزَلُ بنات الأخوة من الأم وبناتهم وبنيات الأخوة من الأب والأم أو الأب ، كل منهم منزل منزلة أبيه وأمه ، وإن سفلوا بطنا بعد بطن ، يقدم الأسبق منهم إلى الوارث كما ذكرناه ، فإذا خلف بنت أخت وابنى أخت أخرى ، وهما من الأب والأم أو من الأب ، فنصفه للبنت ونصفه للابنين ، أو ثلاث بنات أخوة متفرقين ، فالسدس لبنت من الأم والباقي لبنت الأخ من الأبوين .

وينزل الأجداد الساقطون ، والجندات الساقطات ، كل منهم بمنزلة ولده بطنا بعد بطن ، يقدم الأسبق منهم إلى الوارث ففى أب أم أب الأب ، وأب أم أم الأم ، المال للثانى لأنه أسبق إلى الوارث .

وينزل الأخوات والخالات بمنزلة الأم ، ويقسم المال بينهما إذا انفردوا على حسب ما يأخذون من تركة الأم .

وتنزل الأعمام من الأم والعمات ولو من الأبوين بمنزلة الأب ، وأولاد الأخوال والخالات ، وأولاد الأعمام من الأم والعمات بمنزلة

آبائهم وأمهاتهم عند الانفراد والاجتماع ، ولذلك قلنا وخشولة وعمومة
 ليشمل الأصول والفروع وكل هؤلاء من سبق إلى الوارث وكان واحداً
 كان مثله ، فإن استووا في السبق إلى الوارث قدرت ، كأن الميت خلف من
 يدلون به من الورثة ، واحداً كان أو جماعة ، ثم يجعل نصيب كل واحد
 للمدلين على حسب ميراثهم لو كان هو الميت ، وهو المراد بقوله : ثم
 أفرضه ورث وورثوه فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، إلا فروع ولد
 الأم فإنه يجعل ذكورهم وإناثهم سواء كما ذكره الجمهور ، من أهل
 التنزيل لكن الإمام قال : قياس مذهبهم تفضيل الذكر ، لأنهم
 يقدرون أولاد الوارث لأنهم يرثون منه . وقوله في الحاوى : وقسم
 نصيب كل على مشبهه كإرثه منه ، يرد عليه أولاد ولد الأم فإنه
 لا يفضل ذكرهم كما نص عليه الجمهور .

الحجب

وقوله : (وتُحْجَبُ كُلُّ غَيْرِ وَلَدِ الْأُمِّ بِمَنْ يَدُلُّ بِهِ ، وَجَدَّاتُ
 بِأُمِّ ، وَبُعْدَى بِقُرْبَى لِأُمِّ) .

أى : اعلم أن هذا باب الحجب^(١) وهو باب من أبواب الفرائض ،

(١) وهو لغة المنع ومنه الحاجب للأمر والحاكم ، والمحجوب والمنعوع وشرعاً منع من قام به سبب الإرث
 من الإرث بالكلية أو من أوفر حظية ، وهو كما قال نوعان حرمان ونقصان ، فالحرمان هو منع من قام به سبب الإرث
 من الإرث بالكلية ويكون بالوصف كالقتل والرق واختلاف الدين ، فالقاتل ومن به رق والكافر لا يرث المسلم
 ويقال لها الموانع أى تسمى موانع الإرث ويكون حجب الحرمان أيضاً بالشخص كالأب بالنسبة إلى الجد فإنه يمنع
 الجد من الميراث كلية وكأب الابن مع الابن فالابن يمنع ابن الابن من الميراث كلية ، وأما حجب النقصان فهو منع
 من قام به سبب الإرث من أوفر حظية كالأم مع الأخوة أو مع الفرع الوارث فإنها تنتقل من الثلث إلى السدس ،
 وكالزوج مع الولد ، فإنه ينتقل من النصف إلى الربع ، وكالزوجة مع الولد فإنها تنتقل من الربع إلى الثمن / م .

وهو حجبان ، النقصان كحجب الزوجة بالولد من الربع إلى الثمن ، وحجب حرمان ، وهو المراد هنا ، وإن كان الوارث يدلى بنفسه كالولد فهو لا يحجب ، وإن كان يدلى بغيره حجب بذلك الغير ، وهو المراد بقوله : ويحجب كل غير ولد أم ، فإنه يدلى بالأم فابن الابن يحجب بالابن والجد بأب ، وهذه قاعدة كلية لا يستثنى منها إلا ولد الأم فإنه يدلى بالأم ولا يحجب بها وتُحجبُ أيضاً الجدات مطلقاً بالأم ، أما أمها فقد دخلت فما سبق إلا أنها أيضاً تحجب كل جدة من قبل الأب لأن الجدات يرثن السدس الذى تستحقه ، فإذا أخذته لم يبق لهن شيء وتُحجبُ الجدة البعدى بالأب بالقربى للأم فإذا كان له أم أم حجت أم أم الأب ولا عكس ، فلا تُحجبُ أم الأب ، أم أم الأم وإن علت ؛ لأن الأب لا يحجبها ، وكيف تحجبها أمه وهى محجوبة ، وقد علمت ما مرّ ؛ لأن البعدى من كل جهة تُحجبُ بالقربى من جهتها ، وأن الأب يحجب أمه كالأم تُحجبُ أمها .

وقوله : (وبنت ابن به ، وبنتين لا إن عُصِّتْ ، وولد أصل بأب وابن ، وابنه ، وولد أب بعصبة لأبوين ، وأخت لأب بأختين لأبوين ، لا إن عُصِّتْ ، وولد أم ، بجد وفرع) .

أى : ويحجب بنت الابن وبناته بالابن ، وإن لم يكن آباؤهن ، فأما حجبهن بأبيهن فقد علم مما سبق ، وتحجب بنت الابن وبناته أيضاً ببنتين من أولاد الصلب ، إلا إذا كان معهن أو أسفل منهن من يعصبهن ، كما بيناه .

ويحجب ولد الأصل وهم الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب والأعمام كذلك بالأب والابن وابن الابن يحجب ولد الأب برابع وهو الأخ من الأبوين فردا كان أو مع أخوة أو أخوات ، لما روى^(١) عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أعيان بنى الأم يتوارثون ، دون بنى العلات ، يرث الرجل أخوه لأبيه وأمه دون أخيه » آخر هذا الحديث تفسير لأوله . والأخت للأب بالأربعة المذكورة وبأختين فأكثر من الأبوين إلا أن يكون معها أخ لأب يعصبها فإن لهما الباقي ، كما سبق ، ويحجب أيضاً الأخوة والأخوات من الأم بالجد والفروع ، كالابن والبنت ، وابن الابن ، وإن حُجِبُوا بالجد فالأب أولى ، فولد الأم لا يرث إلا من الكلالة وهو من يرثه غير الآباء والأولاد .

وقوله : (ولا يحجب غير وارث ، إلا أخوان مع أبوين ، وولد أم أو أحدهما ، وآخر لأبوين أو لأب ، مع أم وجد والمعادّة) .

أي : ويشترط فيمن يحجب أن يكون وارثاً ، فمن لا يرث لا يحجب حرماناً ولا حجب نقصان سواء كان عدم إرثه لمانع من رق وقتل ونحو أو لتقدم غيره عليه إلا في صور فيما لا يرث لتقدم غيره .

(١) حديث على رواه الإمام أحمد والترمذي وابن ماجه ، أخرجه الحاكم وقال النسائي لا بأس به ص ٥٧ ح ٦٠ نيل الأوطار ، وأعيان بنى الأم ، هم الأخوة لأبوين ، وبنى العلات أولاد الأمهات المتفرقة من أب واحد ، قال في القاموس والملة الضررة وبنو العلات بنو أمهات شتى من رجل ، ويقال للأخوة لأم فقط « أخبان » بالخاء المعجمة والباء التحتية ، وبعد الألف فاه / م .

أحدها : الأخوان لأبوين أو لأب إذا كانا مع الأبوين ، فإنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس وهما غير وارثين لأن الأب يحجبهما .

الثانية : الأخوان من الأم مع الأم والجد ، فإنهما يحجبان الأم من الثلث إلى السدس والجد يحجبهما ، وكذلك إذا كان أحدهما وثانيه ولد أم وأب ، وولد أب ، فإنهما يحجبان الأم إلى السدس ، والجد يسقط ولد الأم .

الثالثة : المعادة كجد وأخ لأبوين وأخ لأب ، فالأخ من الأب يُنقِصُ الجد مع أنه يسقط بالأخ لأبوين .

وقوله : (فلأم أم مع أب وأمه سدس ، كجد حجب ولد أم ، وساواه ولد أب) .

أى : وإذا كان لا يحجب إلا من يرث ، فلأم الأم مع الأب وأمه السدس إلا نصفه ؛ لأن أم الأب لا ترث مع الأب فلا يحجبها إلا نصف السدس ، ولا يقال إن الأب إذا حجب أمه يأخذ نصيبها كما كان الأخ من الأبوين إذا حجب الأخ من الأب في المعادة أخذ نصيبه . والفرق ، أن أم الأب ترث بالفرضية والأب بالعصوبة فلم يمكن رد فرضها إليه بخلاف الأخوين فإنهما يرثان بالعصوبة ، فرد نصيب أحدهما للآخر وكذلك الأخ للأم يحجبه الجد ، إذا كان معهما أخ لأبوين أو لأب استوى هو والجد في المقاسمة ولا يرجع إلى الجد نصيب الأخ للأم لاختلاف جهة إرثهما .

وقوله : (وَتَرِثُ عَصَبَةُ بِفَرْضٍ أَيْضاً ، كَابْنِ عَمِّ أَخٍ لَأُمِّ ،
ولا يقدم بها على ابن العم إلا في الولاء) .

أى : وإن اجتمع في شخص جهة فرض وجهة تعصيب ، ورث
بهما كابن عم وهو أخ من أم أو زوج ، فإنه يرث بفرض الأخوة
والزوجية . ثم الباقي بالتعصيب ، فإن كان معه من هو في درجته ،
قاسمه في الباقي ، ولا يقدم ابن عم أخ من أم على ابن عم ليس بأخ
بل يقسمان ما زاد على الفرض بالتسوية . هكذا نص عليه الشافعي رحمه
الله تعالى ونص فيما إذا خلف المعتق ابني عم أحدهما أخ من أم أنه
يقدم ، فقليل ففيه قولان بالنقل والتخريج ، والأصح تقريب النصين ،
الفرق أن الأخ من الأم في النسب يرث بالأخوة فيعطى فرضه وجعل
الباقي بينهما لاستوائهما في العصبية .

والأخ من الأم في الولاء لا يرث بالأخوة فرجحت عصبته بالأم
كالأخ من الأبوين ، فعلى هذا يرث لو لم يرث بالفريضة ، بأن كان
للميت بنت فوجهان ، أحدهما أنه يخجب الآخر كما في الولاء ،
والأصح أنهما سواء ، لأن البنت أسقطت حكم الأخوة من الأم .

وقوله : (ولا يرث بفرضين ، بل بما يخجب أو لا يخجب ،
أو حجبُه أقل وإن حجب فبالآخر) .

أى : ولا يرث شخص واحد بفرضين وذلك بتصور في أن
نكحت المجوسية للمحارم ، أو في وطء أمه وولدها لم يرث بالبنوة

والأخوة معا ، بل يرث بأقواهما ، وليس كابن عم أخ من أم فإنه يرث بهما ، لاختلاف جهة العصوبة والفرض ، وذلك في حق الأب مع البنت ، فإن له السدس بالفرض ولها النصف ، ويأخذ الباقي بالعصوبة ولا بعهد الإرث بالفرضين ويعرف الأقوى ، بأمور :

أحدها : يحجب بأحدهما الأخرى كبنت هي أخت لأم ، بأن وطئ أمه فولدت له بنتاً ، فترث له بالبنة ، لأنها تحجب ولد الأم .

الثاني : أن لا تحجب أصلاً كأم هي أخت لأب ، ويتصور بأن وطئ بنته ، فتأتى بولد فهي أمه وأخته فترث منه بالأُمومة ، ولا يحجب أصلاً ، والأخت لأب تحجب بجماعة كما سبق .

الثالث : أن يكون حجه أقل كأم هي أخت لأب ، وذلك أن يطاء بنته فتلد بنتاً ، فيطاء البنت فتلد ولداً فهي أم أمه ، وأخته ، فترث الجدودية إذا ماتت أمه قبلها لأن الجدة ، لا يحجبها إلا الأم فقط ، بخلاف الأخت من الأب ، فإن حجبها أكثر ، فإن حجب عن الفرض الذي حجبته أقل أخذت بالفرض الذي حجبته أكثر ، كما لو مات الولد في هذه الصورة وخلف أمه ، وأمها التي هي أخته فلائمه الثلث بالأُمومة ، ولأم أمه النصف بالأخوة لأن جدودتها سقطت بالأم .

وقوله : (ولا يرث^(١) قاتل ومخالف في إسلام ، وعَهْدٍ وَحُرٍّ بعض

(١) يشير بذلك إلى موانع الإرث وهي القتل واختلاف الدين والرق ، والدور الحكيم وهو أن يترتب على إرثه عدم الإرث كأن أقر بابن للميت ، فشرط المقر بالنسب أن يكون جائزاً للتركة ، ولو ورث الابن لتمطل إقرار الأخ بالنسب لفوات الشرط وهو الإرث ولذا قلنا يرث الأخ ويثبت نسب الولد للميت ، / م .

ويورث ملكه ، ولا مُرْتَدٌّ ، ولا يورث كزنديقٍ ورقيقٍ وإن كوتب ،
ولا يرث مَنْفَى ولا ولد زنا ، إلا من أُم وأَخ منها ، ومن جُهْلَ تَأخَّر
موته) .

أَي : ولا يرث القاتل من مقتوله شيئاً لحديث : « لا يرث^(١) القاتل . »
ولأنه لو ورث لم يؤمن أن يستعجل الإرث به فاقترضت المصلحة
حرمان القاتل مطلقاً وسدَّ الباب سواء أكان القتل عمداً أو خطأ بحق
أو بغير حق ، ولو اقتضى من مال قاتل أو صال فدفعه عن نفسه
بالقتل ، أو حكم عليه بالقتل وهو إمام أو أدبه وهو أب أو معلم فمات ،
أو كان القاتل طفلاً لم يرثه ، ولا يرث مسلم من كافر ولا كافر من مسلم
لاختلافهما في الإسلام ، ولا كافر معصوم الدم بذمة أو عهد أو أمان
من حربى منهم على الأصح ، ويتوارثون فيرث الذمي من المعاهد ونحوه
وعكسه على الأصح ، والنصراني من اليهودي ، والمجوسي والوثني
وبالعكس على الصحيح ، ولا فرق بين القريب والمعتق ، والكفر كله
ملة واحدة وفي الحديث : « لا يتوارث^(٢) أهل ملتين ، ولا يرث المسلم
الكافر » فجعل الآخر بياناً للأول ، ولكن لا مولدة بين الحربى والمعصوم
بذميّة ونحوها ، فلو مات ذمي وله أربعة بنين ذمي مثله ومعاهد
ومستأمن وحربى ، ورثه الثلاثة دون الحربى .

(١) روى هذا الحديث أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يرث
القاتل شيئاً » . ورواه أبو داود ، وأخرجه النسائي وأعله ، والدارقطني وقواه ابن عبد البر ، وأخرجه الشافعي
وعبد الرزاق والبيهقي ص ٧٥ - ٦ نيل الأوطار .

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عبد الله بن عمر ، ولترمذى مثله من حديث جابر ، ص ٧٣ - ٦
نيل الأوطار .

وليس لحر بعض أن يرث من قريبه لأنه لو ورث لكان بعض المال للمالك الباقي ، وهو أجنبي من الميت ويرث منه قريبه جميع ما ملكه ببعضه الحر ، لأن ملكه عليه تام فأشبهه الحر ولا شيء للسيد إلا ما كسبه ببعضه الرقيق .

وأما المرتد فلا يرث بل يحرم ولا يوقف الميراث ، بل ما خلفه فهو في بيت المال ، سواء ما اكتسبه في الإسلام وفي الردة ، ومثله الزنديق وهو الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر وكذلك الرقيق لا يرث لأنه لو ورث لصار للملكه وهو غير وارث ، ولا يورث لأنه لا ملك له ، وإن كان مكاتباً أو مدبراً أو أم ولد ، ولا يرث المنفى بلعان من الملاحن ، ولا عكس بانقطاع النسب ، ولا ولد الزنا من الزانى ولا عكسه ، ولكن يرث من الأم ولدها وترث منه ، وإن مات المتوارثان بغرق أو هدم ونحوه ، وجهل السابق منهما لم يرث أحدهما من الآخر ويأتى فيها خمس صور كما فى الجمعة .

إحداها : أن يُعْلَم السابق ويتعين فلا يحق حكمه .

الثانية : أن يسبق واشتبه السابق بعد التعيين ، فيوقف الميراث .

الثالثة : أن يعلم السابق ولا يعلم عين السابق .

الرابعة : أن يعلم موتهما معاً .

الخامسة : أن لا يعلم سبق ولا بموتهما معاً ، فلا يرث أحدهما من الآخر فى الصور الثلاث الأخيرة ، ويجعل كأن لم يكن ، لأن توريث

أحدهما من الآخر تحكّم ، وتورثهما معاً خطأ ؛ لأنه إن ماتا معاً فقد ورث ميت من ميت ، وإن ترتبا ، فقد يرث من تقدم موته ممن تأخّر .

وقوله : (وقُسِمَ مَالُ مَفْقُودٍ ثَبَتَ مَوْتُهُ ، أَوْ حُكِمَ بِهِ ظَنّاً وَإِلَّا وَقَفَ ، كَنَصِيبِهِ وَنَصِيبِ أَسِيرٍ وَمُحْتَاجٍ لِقَائِفٍ وَحَمَلٍ وَلَا ضَبْطَ لَعَدَدِهِ وَقَسَمَ كَمَعَ خَنَى بِأَسْوَأِ الْأَحْوَالِ) .

أى : اعلم أن المفقود لغيبة أو أسير ونحوهما ، لا يُورث ماله لانقطاع خبره لكن بثبوت موته ، أو بحكم الحاكم بموته بعد مضي مدة يغلب على الظن أن مثله لا يعيش أكثر منها ، وليست مقدرة عند الجمهور ، وفي وجه شاذ يقدر بتسعين سنة ، فإذا أراد الورثة قسمة ماله بعد مضي المدة المعتبرة لم يجز حتى يحكم الحاكم بموته ، ثم يقسم ماله بين ورثته الموجودين ، حال الحكم وحينئذ يجوز نكاح امرأته ، وإن مات قريباً حاضر للمفقود قبل الحكم بموته وقف المال ، وإن لم يكن له وارث غير المفقود وإلا وقف نصيبه وأخذ في حق الحاضرين بأسوء الأحوال فيقدر حياته في حق من يسقط أو ينتقض بها أو موته في حق من ينقص بموته ، وأمثلة ذلك : زوج مفقود وأختان لأب وعم ، فإن كان حياً فلهما أربعة من سبعة ولا شيء للعم ، وإن كان ميتاً ، فلهما اثنان من ثلاثة والباقي للعم ، فيقدر في حقهم حياته .

مثال آخر : أخ لأبٍ مفقود وأخ لأبوين وجدّ حاضراً ، فإن كان حياً ، فللأخ الثلثان وللجد الثلث ، فإن كان ميتاً ، فالmaal

بينهما بالسوية فيُقدَّرُ في حق الجد حياته ، وفي حق الأخ موته ووقف الباقي.

مثال آخر : أخ لأبوين مفقود وأختان لأبوين وزوج حاضرون فإن كان حياً فللزوجة النصف والباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كان ميتاً فللزوجة ثلاثة من سبعة ، وللاختين أربعة من سبعة ، فيقدر في حق الزوج موته وفي حق الأختين حياته .

مثال آخر: ابن مفقود وبنت وزوج ، للزوج الربع بكل حال ، وحكم الأسير المنقطع خبره كحكم المفقود إذا مات وله قريب حاضر ، وكذلك الولد المحتاج إلى القائف إن مات وقف نصيب أبيه ، وإن مات أحد ممن يدعيه وقف نصيب الموجود وأخذ في كل ما يرث بأسوء الأحوال ، وكذلك يوقف نصيب الحمل ، فإن لم يكن له وارث سوى الحمل وقف الجميع ، وإن كان له وارث نظر في الظاهرين من الورثة ، فمن يحجبه الحمل إذا انفصل حياً مطلقاً كولد الأم ، أو على تقدير الذكورة كالأخ لم يعط شيئاً أولاً يحجبه وله نصيب مُقدَّر ، لا ينقص أعطى ، وإن نقص أعطى المنتقص ، كما لو خلف زوجة حاملاً وأبوين فإنهما يعطيان سدسين عائلين والزوجة ثمناً عائلاً بالتقدير أن الحمل بنتان ، ومن نصيبه غير مقدر لا يعطى شيئاً ، كما لو خلف امرأة حاملاً وابناً فإنه لا يعطى الابن شيئاً إذ لا ضبط لعدد الحمل ، وفي وجه اختاره في الوجيز أكثره أربعة في الغالب فيعطى الخمسة ، وكذلك إذا مات موروث الخنثى ، واختلف في الإرث ، بذكورته وأنوثته عمل بأسوء الأحوال .

وقوله : (وإن زادت أجزاء الفروض أُعِيلَتْ ، فإلى سبعة
وثمانية وتسعة وعشرة نعول ستة ، وإلى ثلاثة عشر ، وخمسة عشر ،
وسبعة عشر ، اثنا عشر ، وإلى سبعة وعشرين أربعة وعشرون) .

أى : وإن زاد أجزاء الفروض على أجزاء مخارجها ، أُعِيلَتْ
المسألة ، فإن كانت من ستة كزوج وأختين لأبوين ، أو لأب
للزوج النصف ثلاثة وللأختين منها أربعة فنقول إلى سبعة ، فإن
كانت مع هؤلاء أم عالت إلى ثمانية ، وإن كانت مع الزوج والأختين
أختان لأم عالت إلى تسعة ، فإن كانت مع هؤلاء أم عالت إلى عشرة ،
فلسنة أربع عوالات .

وإن كان أصل المسألة اثنا عشر ، كزوجة وأم وأختين لأب ،
للأختين ثمانية وللزوجة ثلاثة ، وللأم اثنان ، فتعول إلى ثلاثة
عشر ، فإن كان مع الزوجة وأختين لأب وأختان لأم عالت إلى خمسة
عشر ، وإن كان مع هؤلاء أم عالت إلى سبعة عشر ، للأنثى عشرة ثلاث
عوالات كما ترى ، وإن كان أصلها أربعة وعشرين ، كزوجة وبنيتين
وأبوين تكون للزوجة ثلاثة ، وللبنيتين ستة عشر ، ولكل واحد من
الأبوين أربعة ، فتعول إلى سبعة وعشرين ، وليس لها إلا عول واحد ،
ولا عول لسائر الأصول من الاثنين والثلاثة والأربعة والثمانية .

الوصية

وقوله : (باب^(١)) تصح وصية حر مكلف لجهة حل ولو لموجود
وشرط تعيينه ، لا في أعطوا ، يملك عند موت موص كعبد عتق ،
وإلا فلما لك كدابة أن قصد علفها ، فتعلق وإن بيعت .

أى : اعلم أن الوصية ، مستحبة^(٢) ، وهى التبرع بما لا ينجز
إلا بعد الموت والمنجز أفضل ، وقيل لا تستحب الوصية لمن قل ماله ،
والصحيح الأول ، ولا تصح إلا من حر مكلف ، فلا تصح من رقيق
ومكاتب ولو عتيقاً قبل الموت ، وقيل تصح إن عتق ، ولا تصح من
مجنون ومبرسم وصبي ، وفى المميز وجه ، وتصح من المحجور عليه
بالسفه لأنه مكلف ولا حظ له فى بطلانها ، ثم الوصية إن كانت لجهة
عامة اشترط فيه أن لا تكون جهة معصية ، فتصبح لنحو الفقراء
والعلماء وعمارة قبور الأنبياء والصالحين ، فلو أوصى مسلم أو كافر
بعمارة كنيسة أو كتب تورااة أو إنجيل لم تصح ، ولو أوصى بدار

(١) أى فى الوصية الشاملة للإيصاء ، وهى لغة الإيصال وشرعاً - لابعنى الإيصاء - تبرع بحق مضاف ولو تقديرأ
لما بعد الموت ليس بتدبير ، ولا تعليق عتق بصفة - وإن ألحقا بها حكماً - كالتبرع المنجز فى مرض الموت أو الملحق به ،
وهى سنة مؤكدة لقوله صلى الله عليه وسلم : « ماحق امرئ مسلم له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة
عنده » ص ٣٣ - ٦٠ نيل الأوطار عن الجماعة ، أى ما الحزم أو ما المعروف من الأخلاق ، فقد يفجأ الموت ، وتجب إن كان
عليه حق ، ولو لم يوص به لضاع ، على مستحقه بتقدير إنكار الوارث ، وتكره بزيادة على الثلث ، وتحرم إن كان
فيها تضییع عياله وإن نقص عن الثلث أو زادت عليه ، وقصد حرمان ورثته على ما يحسنه الأذعى وأركانها أربعة :
موص ، وموصى له ، وبه ، وصيته ، وشرط فى الموصى تكليف وحرية واختيار ، / ف .

(٢) والأصل فيها قبل الإجماع آيات من القرآن الكريم فى أربعة مواضع منه من الموارث : يقول « من بعد وصية
يوصى بها أو دين » آية ١٢ من سورة النساء ، وأخبار كخبر ابن ماجه « المحروم من حرم الوصية » وقوله : « من مات
على وصية مات على سبيل وسنة وتقى وشهادة ومات مغفوراً له » ص ١٦٦ ج ٤ الترغيب . وكانت أول الإسلام واجبة
لوالدين والأقربين بكل المال ، ثم نسخ وجوبها بآيات الموارث ، وبقي استحبابها بالثلث فأقل لغير وارث ، / م .

تصرف عليها إلى أهل الذمة ، أو ببناء رباط لهم جاز وإن كانت للخاصة اشترط أن يكون موجوداً حال الوصية ، وأن يكون مُعَيَّناً ، وأن يكون أهلاً للملك عند موت الموصي ، فلا تصح لحمل سيولد على الأصح ، ولا لأحد الشخصين ، ويشترط التعيين حيث يكون لفظ أَوْصَيْتَ لفلان ، أما إذا قال أعطوا أحد الرجلين كذا ، فإنه يصح ، ذكره في المذهب ، ونقله عنه في الروضة وعن صاحب التهذيب . والفرق أن في لفظ الوصية تمليك العين معنا وهذا وصية بتمليك مُعَيَّن ، والتمليك من الموصى إليه ، لا يكون إلا لمعين ، ولو أوصى لحمل امرأة ، نظرت إن انفصل لأقل من ستة أشهر استحق ، وإن انفصل لأكثر من أربع سنين لم يستحق أو لما بينهما - وهي غير فراش - استحق على الأصح ، وإلا فإن انفصل ميتاً - ولو بجناية جان - لم يستحق شيئاً ، ويشترط أن يكون الموصى له أهلاً للملك عند موت الموصى ، فلو أوصى لعبد فعتق قبل الموت صحت الوصية ، وإن عتق بعد موت الموصى فهي لسيدة ، إن قبلها العبد ويشترط قبوله ، ولا يجزئ قبول سيدة على الأصح وله القبول وإن منعه ^(١) [سيدة على الأصح ، وإن أوصى لدابة ، لم يصح إلا إذا كان لها من يلزمه علفها ، ونوى صرفه في علفها فتكون] حينئذ وصية لمن يلزمه علفها ، ويتعين صرفه في العلف على الأصح ، ولو تصدق على رجل بدراهم ليكتسبها لم يجز صرفها في غير الكسوة ، على الأصح ، ولو باع المال لِذَابَةِ صُرِفَ في علفها على الأصح ، هكذا صححه النووي ، واستشكل

(١) عبارة « سيدة على الأصح إلى قوله فتكون » ساقطة من (أ) مع وجودها في (ب) .

لأننا قلنا إن الوصية لمالكها فكيف تنتقل إلى ملك المشتري ، واشترط
أن يكون الموصى له معيناً ، ويتولى صرفه في العلف القاضي إن لم يُعين
الموصى أحداً وقوله في الخاوي^(١) : أو لموجود معين إلى قوله وصرف ،
فيه أمران :

أحدهما : قوله معين يرد عليه ، ما إذا قال : أعطوا العبد أحد
الرجلين فإنه يصح ، ذكره في العزيز والروضة .

الثاني : قوله وجاز شرط في علفها ، فاقضى أنه لابد من صيغة
الشرط : وليس كذلك بل إذا قصد ذلك كفى. قال في الروضة بعد
ذكر الوصية للدابة ولو فسر بصرفه في علفها صحت لأن علفها
على مالها فالقصد بهذه الوصية .

وقوله : (وَلِمَسْجِدٍ وَحَرْبٍ* ومرتد وقاتل ، ولوارث ، بإجازة
بعد موت كزائد لديه عن ثلث ولو بعين كحصته وبقدرها لغو ،
وبوارث مريض ، ابتياع منه بقيمة) .

أي : وتصح الوصية للمسجد مطلقاً وفي وجه لابد أن يشترط
الصرف في مصالحه ، وتصح للحربي لأنه يملك ، والمرتد كما للحربي
وقيل لا ، كإرثهما والأصح الصحة .

وتصح الوصية للقاتل على الأصح سواء أوصى له بعد أن جرح .

(١) وفي ح « أو لموجود معين أهل للملك عند موته كمبد عتق ودابة شرط صرفه في علفها وصرف » .

أو لرجل فقتله ، وتصح للوارث موقوفة على إجازة الورثة بعد موت الموصى وقيل لا تصح ، فإن نقلوا فهو غبطة منهم ، والأصح خلافه ، وكذلك يصح بالزائد على الثلث اعتباراً بالثلث لدى موت الموصى لا عند الوصية على الأصح ، فإن كان وارثه المسلمين لم يكن للإمام أن يجبر على الأصح فلو أجاز وارثه في حياة الموصى فلهم الرد بعد موته إذ العبرة بها بعد الموت .

ولو أوصى لوارث بعين هي قدر نصيبه فلا بد من الإجازة ، كما لو خلف ثلاثة بنين ، وفي التركة ثوب هو ثلث ماله ، فأوصى لأحدهم بالثوب ، فلا بد من الإجازة فلو أوصى لكل واحد منهم بقدر حصته من ماله ، بأن أوصى لكل واحد من الثلاثة بثلث ماله لغت الوصية لأنه يستحق ذلك بالميراث ، وقيل يصح بأخذه ، وتظهر الفائدة فيما إذا ظهر دين ، فإن قلنا يأخذ وصية وجب بيعه ، فإن قلنا يأخذ إرثاً فله إمساكه والقضاء من غيره .

ولو باع ماله في المرض من الوارث بلا محاباة صح البيع في الجميع من غير وقف على الإجازة ، إذ لا تبرع .

وقوله : (بمقصود^(١)) بنقل لا قصاص وحد قذف ، وإن أبهم ،

(١) شروع في شروط الموصى به ، فلا بد أن يكون مقصوداً فلا تصح بما لا يقصد كالدم والنفس ونحوه مما لا نفع فيه وكونه يقبل النقل من شخص إلى شخص فإلا يقبل النقل كالمستولة والقصاص وحد القذف كما قال المؤلف لا تصح الوصية به لأن مستحقها لا يملك نقلها ببيع ونحوه ، وإن كانت تنتقل بالإرث ، ٥ / .

كَأَحَدِ ذَيْنِ ، وَبِحَمْلٍ وَمِلْكٍ يَخْدُثُ وَمَنْفَعَةٍ وَمُحَرَّمٍ صَلَحَ بِاسْمِهِ
لِمَبَاحٍ .

أَيُّ : وَتَصَحَّ الوَصِيَّةُ بِمَا يَقْصَدُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مِنْ مَالٍ وَغَيْرِهِ ،
وَيَشْتَرُطُ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَنْقَلُ الْمَلِكُ فِيهِ فَلَا تَصَحُّ الوَصِيَّةُ بِالْمُسْتَوْلَدَةِ ،
وَلَا بِالْحَقُوقِ الَّتِي لَا تَنْقَلُ كَالْقَصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ ، وَإِنْ كَانَ يَنْقَلُ
بِالْإِرْثِ ، لَكِنْ مُسْتَحَقُّهَا لَا يُمْكِنُهُ نَقْلُهَا ، وَلَا بِالْحَقُوقِ لِلْمَالِ كَالْخِيَارِ
وَالشَّفْعَةِ ، وَتَصَحُّ الوَصِيَّةُ بِالْمَبْهُمِ كَأَحَدِ هَؤُلَاءِ الْعَبِيدِ ، وَبِالْمَجْهُولِ
كَحَمَلِ دَابَّةٍ وَأَمَةٍ ، وَبِكُلِّ حَمَلٍ تَحْمِلُهُ هَذِهِ الدَّابَّةُ ، وَبِمَنْفَعَةِ الْعَبْدِ
وَالدَّارِ وَنَحْوِهَا وَكَذَا مَجْهُولٍ أَوْ مَعْدُومٍ ، وَإِنَّمَا جَازَ لِأَنَّ الوَصِيَّةَ جُوزَتْ
رَفَقًا بِالنَّاسِ فَاحْتَمَلُ فِيهَا الضَّرَرُ ، وَإِنْ كَانَ أَوْصَى بِمَالٍ غَيْرٍ ، نَظَرْتُ
فَإِنْ أَطْلَقَ الوَصِيَّةَ ثُمَّ مَلَكَه لَمْ تَنْعَقِدِ الوَصِيَّةُ وَإِنْ قَالَ أَوْصَيْتُ بِهِ لَكَ
إِنْ مَلَكَتْهُ ، عَقِدَتْ عَلَى الْأَصَحِّ فِيهِمَا ، وَقَدْ سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الرُّوضَةِ ،
وَصَحَّ الِانْتِفَادُ فِيهِمَا وَجَزَمَ الرَّافِعِيُّ فِي بَابِ الْكِتَابَةِ بِبَطْلَانِهَا فِي
الْأَوَّلَى ، وَهُوَ الْمَوَافِقُ لِلنَّصِّ كَمَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْمَهْمَاتِ وَتَصَحَّ
بِالْمُحَرَّمِ ، إِذَا كَانَ يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ اسْمِهِ فِي مَبَاحٍ ، وَسَوَاءٌ
اِحْتِيَاجٌ إِلَى تَغْيِيرٍ ، أَمْ لَا ، وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِطَبْلٍ لَهُ ، وَصَلَحَ لِلْخَرْبِ
صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، وَطَبْلُ اللَّهِو كَالَّذِي يَضْرِبُ الْمُخَنَّثُونَ بِهِ وَوَاسِعُ الطَّرْفَيْنِ
ضَيْقُ الْوَسْطِ ، فَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ طَبْلًا حَمَلٌ عَلَى الْمَبَاحِ ، لَا إِنْ قَالَ
مِنْ طَبُولٍ وَلَيْسَ فِيهَا إِلَّا طَبُولُ اللَّهِو ، وَإِنْ كَانَ الْمُحَرَّمُ لَا يَنْتَفِعُ بِهِ ،
وَلَا يَعْدُ زَوَالُ اسْمِهِ بَطَلَتْ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ .

وقوله : (وكذا زَبْلٌ وخَمْرٌ مُحْتَرَمَةٌ ، وَكَلْبٌ نَافِعٌ ، إِنْ كَانَتْ
له ، وَنَفَذَ فِيهَا إِنْ مَلَكَ مَتَمُولًا ، لَمْ يَوْصَ بِثَلَاثَةِ ، وَإِلَّا فَنِي ثَلَاثَهَا
وَفِي مُخْتَلَفٍ بِفَرْضِ قِيَمَةِ) .

أى : وكذا الوصية تصح بكل نجس يحل الانتفاع به كالزبل ،
بل ننتفع به فى الأرض ، والزيت النجس لأنه يستصبح به وبشحم
الميتة ، إذ يجوز دهن السفن به ، وتجاوز الوصية بجلد الميتة والخمر
المحترمة^(١) والكلب الذى ينتفع به فى الصيد وللماشية أو للزراع ،
لأنها يثبت فيها الاختصاص ، ويصح نقلها من بلد إلى بلد ، بخلاف
الخمر والخنير والكلب العقور إما تصح فيها الوصية إذا كان تحت
يده وإلا بطلت ؛ لأنها لا تشتري بخلاف ما إذا أوصى له بعبد
ولا عبد له فإنه يشتري ، فإذا أوصى بشيء معه من هذه المذكورات
وكان له مال ، وإن قل نفذ فى جميعها ، وإن لم يكن أو كان أوصى
بثلاثة معها . ففى ثلثها ، وإن لم يكن له مال وله كلب فقط فإن أوصى
به نفذ فى ثلثه ، وإن كان له كلاب ، وأوصى بها فالأصح أنه ينفذ
فى ثلثها بأعَدُّ ، وقيل بفرض القيمة ، فإن اختلفت أجناسها ،
فإن خلف كلباً وخمراً محترمة وزبلاً ، وقد أوصى بها أخذ الثلث
بفرض القيمة ، فيقدر فيها المالية ، كما يقدر الحر عبداً أو يُقَوِّمَ ،
وقوله فى الحاوى^(٢) : المقصود إلى قوله ونفذ كله ، إن ملك متمولاً ،
فيه أمور :

(١) بأن عصرت بقصد الخلية أى لتكون خلاصاً خراً ، فيسكنها حتى تنقلب خلا ، ولذا قيل أنها محترمة
وغير المحترمة ماعصرت بقصد الخمرية ويجب إراقبتها / م .

أحديها قوله : كَحَمَلٍ يُوجَدُ اقْتَصِرَ عَلَيْهِ ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ أَيْضاً
بِمَلِكٍ يَوْجَدُ كَمَا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِهَذَا الْعَبْدِ إِنْ مَلَكَهُ ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ .

الثاني قوله : وَطَبْلٌ لَهُو يَصْلَحُ بِمَبَاحٍ ، لَمْ يَشْتَرِطْ بَقَاءَ الْأَسْمِ وَالْأَصَحُّ
اشْتِرَاطُهُ فَإِنْ رَضِيَ مِنْ طَبْلٍ اللَّهِو وَنَحْوَهُ يَصْلَحُ بِمَبَاحٍ ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ
لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ .

الثالث قوله : إِنْ كَانَ لَهُ ، يَوْهَمُ اخْتِصَاصَهُ بِالْكَلْبِ ، وَهُوَ عَامٌ
لَهُ وَلِلزَّبْلِ وَالْخَمْرِ الْمُحْتَرَمَةِ دُونَ الطَّبْلِ وَمَا قَبْلَهُ .

الرابع قوله : وَيَعْتَبَرُ الثَّلَثُ بِفَرْضِ الْقِيَمَةِ ، وَالْأَصَحُّ مَا قَدَّمْنَاهُ
مِنْ أَنَّهُ عِنْدَ الْإِتِّفَاقِ ، وَيَعْتَبَرُ الثَّلَثُ بِالْعَدَدِ .

الخامس قوله : الْوَصِيَّةُ بِالْكَلابِ وَنَفَذُ كُلِّهِ إِنْ مَلَكَ مَتَمُولًا ،
هَذَا إِذَا لَمْ يَوْصَ بِثَلَاثِ الْمَتَمُولِ ، فَإِنْ أَوْصَى بِثَلَاثِهِ فَلَا أَصَحَّ أَنَّهُ لَا يَنْفِذُ
فِي الْكَلِّ بَلْ فِي الثَّلَاثِ .

وقوله : (وَمَا فَوَّتَهُ مَعْلَقًا بِمَوْتٍ ، أَوْ فِي مَرَضِهِ ، مِنْ مِلْكٍ مَجَّانًا ،
أَوْ يَدٍ فَمِنْ الثَّلَاثِ) .

أَيُّ : أَرَادَ بِهَذَا ضَبْطَ التَّبَرُّعِ الْمَحْسُوبِ مِنَ الثَّلَاثِ يَدْخُلُ فِيهِ الْمَالُ
وَالْمَنْفَعَةُ ، لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ مَمْلُوكَةٌ يَصِحُّ الْإِعْتِيَاظُ عَنْهَا ، وَإِنَّمَا يُخَسَّبُ

(١) وفي ح « بمقصود ينقل القصاص وحد القذف وإن أتهم كحمل يوجد ومنفعة وطبل لهو يصلح لمباح
وزيل وخمر محترمة وكلب صيد وزرع وماشية إن كان له ويعتبر الثلث بفرض القيمة ونفذ كله إن ملك متمولا » .

التفويت للملك من الثلث إذا كان مجاناً ، أما إذا فوّت ملكه ببيع أو إجارة بعوض المثل فإنه يعتبر من رأس المال ، سواء كانت المعاوضة لوارث أو غيره ، وإن عاوض لمحاباة فوق ما يتغابن بمثله فالقدر المحاباة يفوت مجاناً ، أو بعوض المثل فإنه يحسب من الثلث ، وتفويتها يكون فيما لا يتمول كجلد الميتة ، وفيما يتمول كما إذا باع المريض مؤجلاً ثم مات قبل الحلول ، فإن لم يخرج المبيع من الثلث فللوارث رد المبيع فيما زاد على الثلث لما فيه من تفويت اليد على الوارث ، وللمشتري الخيار لتبعض الصفقة .

واعلم أن التفويت مجاناً إنما يعتبر من الثلث إذا كان مُعَلَّقاً بالموت ، وإذا حصل في مرض الموت بأن تُصَرَّفَ وهو مريض ، وكذا إذا علق عتق العبد بدخول الدار فدخل وهو مريض على الأصح .

والتعليق بالموت سواء حصل في الصحة أو المرض فحكمه واحد ، فإن حصل التفويت في غيرها كما إذا قال : إن مت فجأةً فعبدى حر قبل موتى بيوم وإن ميتٌ فعبدى حرٌّ قبل مرض موتى بيوم ، فإنه يُنفَّذُ من رأس المال ، قال الرافعي : في التدبير وفي الوصية أيضاً .

واعلم أنه قد سبق في أول الفرائض أن الوصية إنما تنفذ فيما بقي بعد قضاء الدين فأغنى عن ذكر هذا الشرط ، هنا ، وقوله في الحاوي^(١) : «وتفويت المال المملوك ، أو اليد مجاناً بلا استحقاق

(١) وفي ح « وتفويت المال المملوك أو اليد مجاناً بلا استحقاق مضافاً إلى الموت أو في مرضه منجزاً أو مضافاً من الثلث غرم المذهب المتألف الزائد » .

مضافاً إلى الموت أو في مرضه منجزاً أو مضافاً من الثلث بعد الدين ،
فيه أمور :

أحدها قوله : وتفويت المال المملوك لا تدخُل فيه المنفعة وحكمها^(١)
واحد كما علمت إذا أعاره داره في مرض موته ، فالمنفعة محسوبة من
الثلث واسم المال لا يتناولها ، كما علم من باب اليمين . فلو قال :
وتفويت المالك لكان أعم وأخصر .

الثاني : قوله أو اليد مجانا ، يقتضى أن تفويت اليد إذا كان بعوض
لا يُحسب من الثلث وليس كذلك أن تفويت اليد فيما لا يعتاض
عنه كالكلب والزبل ، وقد يكون فيما يعتاض عنه كمن باع في
المرض بثمن مؤجل ومات قبل الحلول فإن ، المبيع لم يخرج من الثلث
نفذ البيع في قدر الثلث منه سواء باع بثمن المثل أو أكثر أو أقل ،
على أنه قد ذكر ما أهمله في الحد بعده .

الثالث : قوله بلا استحقاق وكلاهما مستغنى عنه .

الرابع : أن القنوى لما اعترض عليه بأن المنافع لا تدخل في
المال المملوك ، قال : اللهم إلا أن يقال أن ثبوت اليد على العين كشبوتها
على منافعها ، ولذلك جعل قبضها قبضاً للمنافع . قلت وإن قبل بذلك
فهو مدخول أيضاً لأن تفويت اليد لا يشترط فيه أن يكون مجاناً ،
وهو لم يُفوت في اليد إلا إذا كانت مجاناً ، بل لو فوت اليد في المال

(١) في (ب) « وحكمها » بالثنائية للمال والمنفعة لا شراكتها في الحكم المذكور / م .

والمنفعة بأكثر من عوض المثل حسب من الثلث ، فلو أجزَّ دارد مدة ، بقيت بعد موته بأكثر من عوض المثل مؤجلاً ، اعتبرت من الثلث كما لو باع ماله مؤجلاً ، فعلمت أن تفويت المنافع بعوض غير داخل في تفويت المال في اليد .

وقوله : (وَضَمِنَ مَا زَادَ مُتَّهَبٌ أَتْلَفَ ، وَنَفَذَ إِنْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ) .

أى وإذا وهب في مرض موته وأقبضَ فما زاد على الثلث أمانة في يده على الأصح ، لأنه دخل على ألا يضمن ، لكن إن أتلفه ضمن . ذكره في العزيز والروضة في الطريق الرابع في المسائل الدورية ، فإن ظهر للميت مال وقد حكمنا برد الزائد أبطلنا الحكم ونفذنا الوصية .

وقوله : (فَمَنْ ثَلَّثَهُ تَذْيِيرٌ وَكِتَابَةٌ ، وَإِعَارَةٌ ، وَإِقْبَاضٌ هِبَةٌ ، وَعِتْقٌ مُكْفَرٌ ، خَيْرٌ إِنْ أَوْصَى بِهِ وَوَفَّى وَإِلَّا عَدَلَ عَنْهُ) .

أى : ومما يعتبر من التلف التدبير سواء كان في الصحة أو في المرض ، لأنه معلق بالموت والكتابة إذا كانت في المرض تعتبر من الثلث وإن كان بأكثر من قيمته ، لأنه يستفيد ملكه من ملكه فهو على الحقيقة تفويت مجاناً ، وإن كاتبه في الصحة وسلم النجم في المرض ، لم يعتبر من الثلث ؛ لأنه كالخارج من ملكه ، وكذلك الإعارة ، وقد سبق المنافع فيها معتبرة من الثلث .

ولو وهب في الصحة مالاً وأقبضه إياه في المرض ، اعتبر من الثلث ، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض ، وكذلك إذا أوصى من عليه كفارة وهو

مخير فيها ككفارة اليمين بأن يعتق عنها . وقد قيل أن التفاوت الذى بين الأقل من الطعام والكسوة ، وبين العتق معتبرة من الثلث وهو مُسَلَّمٌ قطع به فى الحاوى ، والذى صححه الرافعى فى كتاب الأيمان أن جميع الرقبة يعتبر من الثلث وتابعه النووى فى الروضة على ذلك وحكاها عن النص ، فإن لم يف به الثلث عدل عنه إلى الإطعام أو الكسوة .

وقوله : (والأقل من نجوم ، وقيمة فى مكاتب فى صحة أُبْرِيءَ لمرض ، وثمن من عتق عليه بابتياح لا بغير عوض وقيمة سراية ، ومحاباة ، لا فى قراض ولا أجر عَيْنِه) .

أى إذا كاتب السيد عبده فى الصحة ثم أعتقه فى حال المرض ووضع عنه النجوم فعتق أو وصى وعتقه ، فالذى فوته على الورثة يعتبر من الثلث ، وهو الأقل من قيمة العبد وما بقى عليه من النجوم لأنه إن كانت القيمة أقل فربما يعجز نفسه فلا يتبقى للورثة إلا القيمة ، فإن كانت النجوم أقل فليس لهم إلا ذلك ؛ لأن الزائد تبرع به السيد فى الصحة فلا اعتراض لهم عليه .

وإذا اشترى المريض من يَعتِق عليه من أصوله وفروعه حسب الثمن من الثلث ، فلا تحسب القيمة ؛ لأنه لم يفوت إلا الثمن ، أما من يعتق عليه بغير عوض كمن ملك بالإرث والهبة والوصية سواء قبضها هو أو الوارث ؛ فإنه لا يحسب من الثلث ، لأنه لم يفوت عليهم شيئاً ، فإن اشترى أو وهب له أو وصى له بالشقص من يعتق عليه فعتق عليه وسرى إلى الباقي ، لزمه قيمة ما سرى إليه ؛ لأنه فوته باختياره

وتملكه وحسب من الثلث ، وإن ورث الشقص لم يسر العتق إليه لأنه لم يَخْتَر تملكه بل ملكه قهراً ، وكذلك قيمة المحاباة الزائدة ، على ما يتغابن به يعتبر من الثلث ، فإن كانت المحاباة فى القراض بأن شرط له أكثر من أجره عمله لم يُحَسَب من الثلث ، لأنه لم يفوت مالا حاصلًا بخلافه فى المساقاة ، لأن الثمرة كالحاصلة لأنها تحصل بنفسها فى وقت معلوم ، وكذلك لو أجّر نفسه بأقل من أجره المثل لم يحسب من الثلث ، لأنه امتناع من التحصيل لا تفويت للحاصل بخلاف إجارة أمواله وما يلزم ذمته من إجارة ، وقوله فى الحاوى^(١) : وسرى قدر نقص الثمن وسرايته لا إرثه واتهابه وقبوله ، والوارث وصية استثنى من شراء البعض ، وسرايته ، ما إذا دخل فى ملكه باتهاب الوصية فإنه لا يحسب من الثلث وهو صحيح فى اتهابه البعض لا فى سرايته .

وقوله : (وهى فى النكاح تبرع على وارث ، وحيث لا إرث^(٢)) ، فهى منه لا منها من الثلث وقيمة مؤجل ولو بغبطة ، إن مات ولم يحل) .

أى والمحاباة فى النكاح تبرع على الوارث ، فإن تزوج المريض بأكثر من مهر المثل فقدّر مهر المثل من رأس المال ؛ لأنه فى مقابلة عوض والزائد عليه محاباة للزوجة وهى وارثة وكذلك إذا تزوجت المريضة رجلا بدون مهر المثل فهى محابية له فيما حطّته من مهرها

(١) وفى « وسرى بعض قدر الثمن وسرايته لا إرثه واتهابه وقبوله أو الوارث وصيته والمحاباة وفى النكاح تبرع على الوارث » .

(٢) وحيث لا إرث بينهما لنحو تحالف دين ، أو تقدم موت الموصى له كما مثل الشارع بالزوجة الذمية والزوج المسلم / م

فلوارثها ردُّ المحاباة ومعاملته بمهر المثل ، فإن لم تكن المحاباة منهما وارثاً فإن كان هو الزوجة وقد باتت أو كانت ذمّية فالمحاباة من الثلث ، وإن كان المحابي هو الزوج وهو غير وارث بأن مات قبلها أو كان مسلماً وهي ذمّية أو كان عبداً لم يكمل مهر المثل ولم يعتبر النقص من الثلث ، لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده هكذا ، ذكره الرافعي والنووي ونسبه إلى الجمهور ، وقد اعترض صاحب المصباح^(١) على الرافعي ، وقال : هذا التعليل يقضى بالمساواة ، بين أن تكون الزوجة وارثاً أو غير وارث ولهذا لم يفرق الغزالي ، قال : وغاية ما في الباب أن يقال حصة المرأة وارثاً باختيار ليس فيه تفويت مال ، انتهى . وهذا ظاهر ، فهو كما يؤخذ منه بلا أجره ، والذي نقله في الروضة عن الجمهور ونقله في الجواهر^(٢) عن الإمام والقاضي^(٣) أنه يعتبر من الثلث مطلقاً ، وكذلك يعتبر قيمة المؤجل بعد الموت من الثلث كما سبق بيانه قريباً ، وإن كان البيع بغبطة مما فيه من تفويت اليد على الورثة .

وقوله : (وَقَدْ مَّارْتَبٌ بَتَنْجِيزٍ ، أَوْ شَرْطٌ ، وَإِلَّا قُسِّطَ ، لَا عِتْقٌ ، بَلْ يُقَرَّعَ وَلَوْ لثَلَاثَةَ ، اَعْتَقَ بَعْضُ كُلِّ لَا بَعْدَهُ ، قُلُوْ مَاتَ وَاحِدٌ وَخَرَجَتْ

(١) الشيخ الإمام ضياء الدين عبد العزيز بن محمد الطوسي الشافعي المتوفى سنة ٧٠٦ ست وسبعمائة شرح الحاوي الصغير للقزويني الذي هو أصل الإرشاد . ٣ / كشف الظنون .

(٢) الجواهر . مختصر البحر المحيط شرح الوسيط اختصره الشيخ نجم الدين أبو العباسي احمد بن محمد القمولى المتوفى سنة ٧٧٧ سبع وسبعين وسبعمائة . بشرح الوسيط للغزالي وسماه « البحر المحيط » ثم لخص هذا الشرح وسماه « جواهر البحر » ثم لخص هذا التلخيص سراج الدين عمران بن محمد البيني المتوفى سنة ٨٨٧ هـ وسماه « جواهر الجواهر » ج ٢ / ٢٠٨ كشف الظنون .

(٣) القاضي أبو الطيب الطبري صاحب التعليقة راجع ص ١٧٠ الربيع الأول .

له عتق ، ورقاً ، أو لحي فثلثاه^(١) ، وكلُّهُ إن ضمنَ الوارثُ الميتَ .

أى هذه التبرعات المحسوبة من الثلث لا يخلو إما أن تكون كلها منجزة ، أو معلقة بالموت ، أو من النوعين ، فإن كانت كلها منجزة ، نظرت ، فإن كانت مرتبة ، كأن أبرأ ثم وهب ثم أعتق ، قدم الأول فالأول لأنه تصرف فيما يملك حتى يستكمل الثلث ، ثم يبقى باقى تصرفه موقوفاً على الإجازة ، وإن لم تكن مرتبة ، كأن وهب لجماعة ، أو أعتق جماعة مرة واحدة لم يتقدم أحد على أحد بل يقسم بينهم فى غير العتق ، وفى العتق يقرع بينهم فمن خرجت قرعته عتق ، وإنما لم يقسط العتق للحديث^(٢) أن رجلاً أعتق ستة لا يملك غيرهم فجزأهم الرسول صلى الله عليه وسلم أثلاثاً ثم أقرع بينهم ، فأرق أربعة وأعتق اثنين» ولأن المقصود التخلص من الرق ولا يخلص تشقيص ، وأما المعلقة بالموت فإن شرط الترتيب بينهم بأن قال : أعطوا فلاناً كذا ، ثم فلاناً بعده اتبع الشرط ، وإن لم يشترط بل قال : أعطوا فلاناً وأعطوا فلاناً فلا يُقدّم أحدٌ بتقديم وصية ، بل يقسط حتى لا يقدم العتق المعلق بالموت على الموصى بإعتاقه على الصحيح لأن وقت الاستحقاق واحد ، ولا يقدم العتق على غيره ، وفى قول فيما علق بالموت غير مرتب ، ولو كان مال المريض ثلاثة أعبد قيمتهم

(١) يمتقان - أى الثلثان - فقط ، وكان الحين كل تركته ، وإن خرجت بالرق على الميت لم يحسب على الوارث لأن قصده المال ولم يصل إليه ، والمعتق قصده الثواب ، وقد حصل بإعتاق الميت ، ثم يقرع بين الحين ، ثانياً فنقرع عتق ثلثاه هنا أيضاً / ف .

(٢) هذا الحديث رواه الجماعة إلا البخارى عن عمران بن حصين بلفظ « أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » ورواه أحمد وأبو داود عن أبي زيد الأنصارى ، ص ٤٢ ج ٦ نيل الأوطار .

سواءً ، فأعتقهم أو أعتق من كل واحد بعضه أقرع بينهم لأن ضرورة العتق السراية فكأنه أعتقهم كلهم فيقرع بينهم ، أما لو أعتق بعض كل بعد موته بتدبير ، أو إيضاء فلا يقرع بل يعتق من كل ثلثه على الصحيح إذ لا سراية بعد الموت ولو مات أحد الثلاثة الذين أعتقهم في مرض موته أَدْخَلَ في القرعة ، فإن خرجت للميت عتق ورق الآخرا بل تبين عتقه ، وحسب على الميت لأن قصده الثواب وقد حصل بعتقه ، وإن خرج العتق لأحد الْحَيِّين لم يعتق إلا ثلثاه لأننا لا نحسب على الورثة إلا ما يصير إليهم ، نعم إن كان الميت قد دخل في ضمان الورثة بامتداد أيديهم إليه حسب عليهم وعتق الحي كله .

وقوله : (وإن علقَ عِتْقَ سالمٍ بغانمٍ قُدِّمَ غانمٌ) .

أى إذا قال المريض إن أعتقت غانماً فسالم حر ، ثم أعتق غانماً في مرضه قدم غانم ، فإن اتسع الثلث له ولسالم وبعضه عتق منه ما اتسع له وإلا رَقَّ ، لأنه لو أقرع بينهما ربما خرجت القرعة بسالم فرق غانم ، فإذا رَقَّ لم يحصل الشرط فيؤدى إلى حصول المشروط دون الشرط .

وقوله : (ومُكِّنَ مما مُكِّنَ الوارث ضِعْفَهُ) .

أى إذا أوصى بعين لرجل أو وهبها له في المرض ، لا يمكن منها إلا أن يحصل للوارث ضِعْفُهَا لو كانت العين حاضرة والمال على غائب لم يمكن من التصرف فيها ولا في ثلثها على الأصح ، لأن

الورثة لم يتصرفوا في ضِعْفِهِ ، وإذا حضر من المال نصفه مثلاً وهي ثلث المال لم يتصرف إلا في نصفها .

وقوله : (ومنع غير ثلثه ، في مرض مخوف كَقَوْلِنَج ، وذات جَنْبٍ ، ورُعَافٍ دام ، وإسهال تواتر ، وأول فالج والتحام قتال وأسيرٌ كافر قتال ، وتقديم لقصاص ، ورجم ، وظهور طاعون ، وتموج بحر ، وطلق ، وبقاء مشيمة ، وحُمى ورْدٌ وغِبٌّ وإطباق) .

أى ويمنع المريض من الزيادة على الثلث ، وهذا أحد أنواع الحجر ، اعلم أَنَّ المريض إذا بلغت روحه الحنجرة وكذا من قُطِعَ حلقومه ومريئه ، أو شق وخرجت حشوته ، لم يعتبر كلامه في هذه الأحوال ، لَأَنَّهُ صار في حَيِّزِ الأموات ، أو لم يَنْتَهِ إلى ذلك ، لكن مرضه مخوف . منع من الزوائد على الثلث والمخوف كَالْقَوْلِنَج وهو مرض يتعسر منه خروج الخارج فيتصعد بسببه البخار إلى الدماغ ، فيؤدى إلى الهلاك ، وذات الجنب وهو ورم يحدث في داخل الجنب ، وأما الرعاف فأوله غير مخوف فإذا دام فهو مخوف ، وكذلك الإسهال ليس بمخوف إلا إذا تواتر لَأَنَّهُ يَشِفُّ الرطوبات ، أول الفالج مخوف وسببه غلبة رطوبات البلغم فإذا هاج أطفأ الحرارة الغريزية فأهلك ، فإذا استمر لم يُخَفِّ مِنْهُ ، وكذلك التحام القتال مخوف وليس من الأمراض لكن ألحق بها وما في معناه ، لاشتراكهما في المخوف الموجب للحجر ، لَأَنَّ المرض لا يوجبهُ إلا إذا كان مخوفاً ، ولا يخفى أَنَّ التحام القتال ، إنما يكون مخوفاً عليهما جميعاً إذا تكافأ وتقارب التكافؤ ،

أما إذا كانت إحدى القبيلتين ضعيفة فالخوف عليها فقط ، ومن الأحوال المخوفة الأسر إذا كان من كفار عاداتهم قتل أسير وكذلك التقديم للقصاص والرجم في الزنا ، وكذا زمن الطاعون مخوف وإن لم تظهر بالشخص العلة ، وكذلك تموج البحر عند اشتداد الرياح مخوف ، وحالة الطلق للولادة حتى تلد [وتبقى^(١)] المشيمة مخوف ويزول بإخراجها ، وضرب بان شديداً ، وموت الولد في الجوف يوجب الخوف ، وكذلك حمى الورد وهي التي تأتي كل يوم وحمى الغيب التي تأتي يوماً وتقلع يوماً ، وكذلك الحمى المطبقة وهي التي لا تبرح .

وقوله : (لا رُبَّ سُلٍّ وجَرَبٍ ووجع ضرس وحمى يومين) .

أى ليس من الأمراض المخوفة حمى الربع لأنها تأتي يوماً وتقلع يومين ، فيأخذ صاحبها القوة ، وكذلك السُلُّ ، وذكر في الحاوى^(٢) أن آخره مخوف ، وقال الراعى الأشبه أنه ليس بمخوف ، وتبعه النووى في ذلك ووجههم أن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً فإنه لا يخاف منه الموت عاجلاً ، فهو كالشيوخة ، ولا يخفى أن الجرب ووجع الضرس ، وحمى اليوم واليومين ليس بمخوف .

(وقوله : وإن خفي فبينة عارفة^(٣)) ، ونفذ تصرف من عاش من مخوف ، لا من مات بضده ، إلا من غيره) .

(١) في (ب) « وتبقى المشيمة مخوف ويزول بإخراجها » ، أى أنه عد من الأشياء الخفيفة بقاء المشيمة - غشاء الحمل - بعد خروج الحمل . فإذا أوصت لاتزيد عن الثلث فهي كمرض الموت وحالة الطلق وتمسر الولادة / م .

(٢) وفي ح « وأول الفالج وآخر السل والتحام القتال » .

(٣) يرجع إليها وهي طيبان عدلان شهادة ، لتعلق حق آدمي به وبه فارق نحو التيمم ولا دخل للنساء فيه ، إلا في علة باطنة بامرأة لا يطلع عليها الرجال ، غالباً ، ولو اختلفوا رجح الأعل فالأكثر عدداً ، فن يخبر أنه مخوف نقله ابن الرفعة عن الماوردى وأقره ؛ أو بعد موته صدق المتبرع عليه ، بيمينه ، أو في عينه ، كأن قال الوارث حمى مطبقة والآخر وجع ضرس كفى غير طيبين ، / ف .

أى وإذا خفى كون المريض مخوفاً ، وهو مشاهد ، فأشكـل ، أو بعد الموت ، وادعى الموصى له أن المرض لم يكن له مخوفاً فإنه لا يثبت كونه مخوفاً ، إلا بشهادة شاهدين عارفين بالمرض إلا فيما شوهـد وأشكـل ، فأهل المعرفة فيه الأطباء فيشترط كون الشاهدين طبيبين ، وأما فيما أنكره الموصى له لم يكن مشكـلا ، فيشترط أن يعرفا كون الحمى مطبقة ، وورد أو نحو ذلك واكتفى بقوله : فبيـنة عارفة ، لأنه لابد للبيـنة من العدالة ونحوها ، ولأن البيـنة أشمل من قوله فى الحاوى : ويعتمد طبيبين أهلى شهادة ، فإنه فى المرأة قد يقبل رجل وامرأتان أو أربع نسوة ، إذا كانت بحيث لا يطلع عليها الرجال غالباً ، فإذا تصرف فى مرض مثله فى الظاهر مخوف حـجر عليه فيما زاد على الثلث ، ثم يتم الحـجر بالموت ، سواء مات منه أو من غيره بأن قتل أو غرق ، وإن عاش تبيننا أنه غير مخوف ونفذنا تصرفه ، فإن مات تبيننا أنه كان مخوفاً ، وأن تصرفه فى الزائد على الزائد غير صحيح ، وإن مات بغيره بأن قتل أو كان مريضاً لا يحال بالموت عليه كوجع الضرس فالتصرف نافذ ، والموت محال به على الفجأة ، وقوله فى الحاوى ^(١) : ويعتمد طبيبين إلى قوله : لا فجأة فيه أمران :

أحدهما : أنه لم يتبين فى أى وقت يعتمد الطبيبين . والمراد عند الإشكال ، وأما مسألة النزاع بين الموصى له والوارث وقد يكتفى غير الطبيبين بأن يختلفا فى كون مرضه وجع ضرس أو حمى .

(١) وفى ح « ويعتمد طبيبين أهل الشهادة وإن صح بانت الصحة وإن لم يكن مخوفاً فأت لا فجأة بان البطـلان .

الثانى قوله : وإن لم يكن مخوفاً فمات لا فجأةً إن الفجأة تعتبر بنفسها مع كل مرض غير مخوف ، ونحن لا نعتبرها إلا بالمرض فإن كان مرضاً لا يمكن منه الموت كوجع الضرس أحلنا الموت على الفجأة ، وإن كان مرضاً يمكن الموت ، أحلنا بالموت فلو قال فمات لا من غيره ، كان أوضح وأعم .

وقوله : (بأوصيت^(١) أو ببعد موتى فى كأعطوه ، أو جعلته له وبكتابة كعنت^٢ وكتابة) .

وتصح الوصية بالإيجاب والقبول ، والصريح كأوصيت له بكذا وإن لم يقل بعد موتى بخلاف غيره وكذلك نحو أعطيت ، أو أعطوا زيداً كذا بعد موتى ، وملكته ووهبته أو منحته وتصدقت عليه وجعلته له بعد موتى ، وكذلك هو لزيد بعد موتى ، والكناية التى تحتاج إلى النية كعنت^٣ وميزت هذا لزيد فإنه يحتمل أنه عينه أو ميزه لغيره أباه أو لتملكه منافعه مطلقاً أو لتملكه عينه وكذلك جعلت لزيد كذا من مالى ، وهذا لزيد من مالى من غير إضافة إلى الموت ويكون كناية ، وكذلك الكتابة إذا كتب أوصيت لزيد بكذا ، وقوله فى الحاوى : بأوصيت وأعطوه وجعلته له من مالى ، والكناية والكتابة فيه أمور :

أحدها : أنه حصر التصريح والكناية فيما ذكروا وليس بمنحصر فيه ولو قال : كأعطوه ، وعينت يكفى .

(١) هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة ويشترط فيها لفظ يشتر بالإيجاب والقبول صريحاً كأوصيت وما أشبهه أو كتابة كعنت وميزت كما ذكر / م .

الثانى : أنه سوى بين لفظ أوصيت وغيره فى عدم الإضافة إلى الموت ، ولا بد من الإضافة ، لكن فى غير أوصيت .

الثالث : أنه جعل قوله أعطوه وجعلته له من مالى صريحاً ولكن إذا قال : لرجل أعط فلانا من مالى كذا ، ولم يقل بعد موتى كان وكيلا ينزل بالموت ، وإذا قال : وهبت لفلان كذا من مالى واقتصر عليه كان هبة ولم يكن كناية فى الوصية على الأصح لأنه صريح فى بابه ، وإذا قال : هذا لفلان فهو إقرار ، فإن قال من مالى فهو كناية على الوصية ، لأنه لا يصلح إقراراً ، ذكره الرافعى والنووى لا يبعد أن يكون جعلته له من مالى كذلك ، لأنه ليس بصريح فى الهبة .

وقوله : (وقبول معين محصور بعد موت موص ، كوصاية ، أو وارثه إن مات بعده) .

أى وتصح بأوصيت وبقبول ، فإذا أوصى لزيد أو لأولاد زيد صح واشترط القبول من الموصى له بعد موت الموصى فإن مات قبلى أو رد قبل موته لغا ، وكذلك الموصى إليه لا يكون وصياً حتى يقبل الوصاية بعد موت الموصى ، فإن أوصى لمعينين غير محصورين ، كبنى هاشم والعلويين لم يشترط قبولهم كما إذا أوصى لغير معينين كالفقراء ، فإن مات الموصى له المعين نظرت ، فإن مات قبل الموصى بطلت الوصية ، أو بعده وقبل القبول قام وارثه مقامه فى القبول والرد ، ولم يقيد فى الحاوى ^(١) : المعين المحصور ، فيرد عليه الوصية

(١) ح « وقبول المعين بعد موت الموصى كالوصاية به ووارثه إن مات بعده كالعبد »

للعلويين ونحوهم فإنهم معينون غير محصورين ، ولا يشترط كما قاله :
في العزيز والروضة .

(وقوله : وقبول عبد ، ولو نفسه ، عطية لا عتقا ، ومالك
دابة ، وبان به الملك من الموت .

أى : وإذا أوصى لعبد بمال اشترط قبول العبد ، ويصح بغير إذن
السيد ، وكذلك إذا أوصى السيد لعبد برقبته ، اشترط قبوله ،
بخلاف ما إذا أوصى بعتقه ، فإن عتقه ينفذ من غير قبول لتأكد
حق الله تعالى في العتق ، وكذلك الدابة ، إذا أوصى لها وقد مضى حكم
الوصية لها ، ويشترط أن يقبل المالك ، وإذا قبل الوصية بعد
الموت تبيننا أنه ملك بالموت ، فيأخذ فوائدها من حينئذ ولو أوصى
لزيد بأبيه وزوجته ، أو لعبد بنفسه فقبل بعد الموت تبيننا عتق
الأب عليه من يوم ملكه وهو بالموت ، وكذلك انفساخ الزوجة وفطرة
العبد ونفقته .

(وقوله : ولا يرث من أوصى به لأبيه فقبل وارثه ، ومن شهد
بنسبه عتيق عمه ، من التركة ، ومن عتق من ثلث أبيه) .

أى : إذا وصى رجل برجل بأبيه فمات الموصى له بعد الموصى
وقبل أن يقبل فقبل وارثه فابن الابن يعتق على الأب ولا يرث
سواء كان بحجب من حصل له القبول أم لا ، لأنه إن كان القابل
أخاً للميت ورثناه حجب الأخ ، وإذا حجب بطل قبوله وإذا
بطل بطل عتق الابن ، وما أدى ثبوته إلى إبطاله فهو باطل . وإن كان
ابناً ، فكذلك ، لأنه لو ورث لأخرجه عن كونه قابلاً إلا في النصف ،

ولا يمكن الموصى له أن يقبل النصف ؛ لأنه إنما يقبل إذا كان وارثاً وهو لا يرث إلا إذا كان كله عتقاً ، وكذلك إذا خلف الميت أخاً فورثه وأعتق من تركته عبيدين ، فشهد العبدان ، بابين للميت ثبت نسبه ولا يرث ؛ لأنه إذا ورث حجب عمه فلم يرث ، فيبطل عتق العبدین وشهادتهما ، ويبطل النسب ، ولو شهدا في هذه الصورة نسب بنت وكان الأخ موسراً يوم الإعتاق ورثت^(١) النصف لأن الأخ يرث الباقي من العبدین ، فإذا أعتقه سرى العتق إلى نصيب البنت على الفور في القول الأصح فتصح شهادتهما لكمال عتقهما ، وكذلك لا يرث من يعتق من الثلث ، فإذا اشترى في مرضه من يعتق عليه بالملك عتق من الثلث ولم يرث ؛ لأنه لو ورث ، لكان اشتراؤه تبرعاً على الوارث ، والإرث والوصية لا يجتمعان هنا ، لأن الشراء يوجب الملك ، والملك يوجب العتق ، والعتق يوجب الإرث ، والإرث يوجب التوقف على الإجازة ، والوقف يبطل العقد للعتق ، فيؤدي توريثه ، إلى إبطال عتقه ، وإذا بطل العتق بطل الإرث وما أدى ثبوته إلى إبطاله بطل .

وقوله : (وبطلي لمباح ، وعود للهو أو من عيداني ، وخلت عنه ، فأخذها ، وقوس بغير بندق وندف وفي مما معى لا يشتري ، ودخل بندق ثم ندف انفراد) .

شرع في المسائل^(٢) ، فإذا قال : أعطوه طبلاً وأطلق حمل على المباح

(١) لى ورثت البنت النصف ، وورث أخوه (عها) الباقي فصار المم وارثاً / م .

(٢) شرط الموصى به أن يكون منتفعاً به انتفاعاً مباحاً شرعاً أى مقصوداً شرعاً ، ولهذا فرع المسائل المذكورة / م .

فَيُعْطَى طَبْلُ حَرْبٍ . وَنَحْوَهُ إِنْ كَانَ مَعَهُ وَيُشْتَرَى إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ
طَبُولٌ ، وَإِنْ قَالَ : أَعْطَوهُ عَوْدًا حُمِلَ عَلَى عَوْدِ اللُّهُو فَتَبْطَلُ الْوَصِيَّةُ ،
وَإِنْ قَالَ أَعْطَوهُ قَوْسًا فَالْقَوْسُ أَنْوَاعٌ : الْعَرَبِيَّةُ الَّتِي مِنْهَا النَّبْلُ^(١) وَالْفَارْسِيَّةُ
الَّتِي مِنْهَا النَّشَابُ ، وَقَوْسُ الْخُسْبَانِ الَّتِي لَهَا مَجْرَى يَنْفَذُ فِيهَا السَّهَامُ ،
وَقَوْسُ الْجَلَاهِقِ وَهُوَ قَوْسُ الْبَنْدُقِ وَقَوْسُ النَّدَافِينِ ، فَإِذَا قَالَ أَعْطَوهُ
قَوْسًا حُمِلَ عَلَى أَحَدِ الثَّلَاثَةِ الْأُولَى ، لِأَنَّهَا أَغْلَبُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ
اشْتَرَى أَحَدَهَا وَلَوْ قَالَ فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ ، مِنْ طَبُولٍ أَوْ مِنْ عِيدَانِي
أَوْ مِنْ قَيْسٍ ، وَمَعَهُ هَؤُلَاءِ وَغَيْرُهُمْ فَكَذَلِكَ يَحْمَلُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ
وإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ مِمَّا مَعِيَ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ إِلَّا طَبُولٌ لهُوَ لَا تَصْلُحُ
لِلْمَبَاحِ حَمَلَتْ عَلَيْهَا لِلْعَرَبِيَّةِ . وَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ وَإِلَّا أَعْوَادُ بِنَاءٍ وَنَحْوَهُ
حَمَلَتْ عَلَيْهَا وَصَحَتْ ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مِنْ أَنْوَاعِ الْقَيْسِ
الثَّلَاثَةِ شَيْءٌ ، وَمَعَهُ غَيْرُهَا نَظَرْتُ فَإِنْ كَانَ مَعَهُ جَلَاهِقٌ وَقِيَاسٌ نَذْفٌ
حُمِلَ عَلَى الْجَلَاهِقِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا قِيَاسٌ نَذْفٌ أُعْطِيَ مِنْهَا وَاحِدَةً ،
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ شَيْءٌ أَضْلًا وَقَدْ أَضَافَ إِلَى مَا مَعَهُ بَطَلَتْ وَهُوَ الْمَفْهُومُ
مِنْ قَوْلِهِ لَا يَشْتَرَى ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا وَقَدْ قُلْنَا لَا يَشْتَرَى
فَمَعْلُومٌ أَنَّهَا تَبْطَلُ .

(وَقَوْلُهُ : وَتَنَاوَلُ دَابَّةً ، فَرَسًا وَبَغْلًا وَحِمَارًا ، وَثَوْرًا وَجَمَلًا ،
وَحِمَارًا وَكَلْبًا ذَكَرًا وَشَاةً ، وَيَعِيرُ غَيْرَ عَنَاقٍ ، وَفَصِيلٍ وَرَقِيقٍ الْكَلِّ)
أَيُّ : وَإِذَا أَوْصَى لَهُ دَابَّةٌ وَهِيَ فِي اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا يَدْبُ عَلَى الْأَرْضِ
وَيُطْلَقُ فِي الْعَرَفِ عَلَى الْوَاحِدِ مِنَ الْخَيْلِ وَالْبَغَالِ وَالْحَمِيرِ سِوَاءِ الذَّكَرِ

(١) وَالْجَلَاهِقُ وَالنَذْفُ وَهُوَ الْبَنْدُقُ عَرَبِيَّةٌ وَأَمَّا قَوْسُ الْخُسْبَانِ وَالنَّشَابُ فَهِيَ فَارْسِيَّةٌ / م .

والأنثى الكبير والصغير ، فإذا قال : من دوابي والأجناس معه أعطاه الوارث ما شاء وإن لم تكن معه الأجناس تعين ما معه ، وإن لم يكن شئ بطلت ، واسم الثور والجمل والحمار ، والكلب لا يقع إلا على الذكر ، فلا يتناول الثور البقرة ، ولا الجمل الناقة ، ولا الحمار الأتان ، ولا الكلب الكلبة على الأصح فإن قال : جمل من جمالي ، وليس له إلا نياق بطلت وصيته ، واسم الشاة يتناول الذكر والأنثى من المعز والضأن وكذلك البعير يتناول الناقة ، والجمل على الأصح ، ولا يتناول اسم الشاة العناق والسخلة والجمل والفصيل ويتناول المعيب والسليم ، في الكل ، وأما الرقيق فيتناول الكل من العبد والأمة والصغير والكبير ، والسليم والمعيب والخنثى المشكل .

وقوله : (وفقير مسكينا ، وعكسه ، ولهما بنصف ، كلحملها ، وأتت بحيين ، وإلا فللحي) .

أى : إذا أوصى للفقراء فيصرف إليهم ، أو إلى المساكين أجزأه ، وكذلك عكسه ، لأن كلامهما يطبق^(١) عليه اسم الآخر هذا إذا أوصى لأحدهم أما إذا أوصى للفريقين معاً ، فلا بُدَّ أن يعطى كل فريق النصف ، وإذا أوصى لحمل فلانة فولدت واحداً أخذ الكل أو اثنين قسم بينهما نصفين أو ثلاثة ، فإن ولدت حياً وميتاً أو حياً وميتين أخذ الكل الحي^(٢) ، فإن ولدت ميتاً فقط بطلت الوصية .

(١) أى إذا ذكر اسم الفقير وحده شمل المسكين وإذا ذكر المسكين وحده شمل الفقير ، وإذا ذكرا معاً كان لكل معناه وهذا معنى مقاله العلماء إذا افرقا اجتماعاً وإذا افرقا افتراقاً .

(٢) والقديم بقول يأخذ الحي في الأولى النصف وفي الثانية الثلث والباقي لوارث الموصى / هـ .

وقوله : (وبأحد أرقائي وتلفوا ، بطلت لابتعد بعد موت ،
وتعين باقي قبله ، ومن عين وارث بعده) .

أى : وإذا أوصى من له أرقاء بأحد منها فتلفوا ، فلا يخلو أن
يكون فى حياة الموصى أو بعد مماته ، فإن تلفوا وهو حى بطلت سواء
ماتوا أو قتلوا وإن كان تلفهم بعد مماته ، نظرت ، فإن كان بأفة
سماوية بطلت ، وإن كان بتعد بأن قتلوا أو ماتوا فى يد غاصب لم
تبطل ، بل ينتقل حق الموصى له إلى قيمة واحد يعينه الوارث هذا
إذا كان بعد القبول وكذا قبله على الأصح ، فإن تلفوا إلا واحداً
نظرت ، فإن كان ذلك قبل موت الموصى تعين للوصية ، وإن كان
بعده وبعد القبول وكذا قبله على الأصح ، عين الوارث من يشاء ،
حتى لو مات واحد منهم عينه الوارث للوصية لزم الموصى له تجهيزه ،
وقوله فى الحاوى : وبأحد أرقائه وتلفوا ، بطلت وبعده ينتقل إلى
القيمة ، وإن بقى واحد تعين فيه أمران :

أحدهما : وبعده إلى القيمة أى إذا تلفوا بعد موت الموصى وليس
ذلك على إطلاقه بل ذلك إذا تلفوا تلفاً مضموناً ، وإلا فإذا ماتوا
بطلت سواء كان قبل موت الموصى أو بعده^(١) .

الثانى : وإن بقى واحد تعين وليس على إطلاقه بل ذلك إذا كان
قبل موت الموصى ، فإن كان بعد موته لم يتعين إلا من عينه الوارث ،
حتى لو لم يمت إلا واحد وعينه تعين كما قدمناه .

(١) هذه الفقرة « الثانى وإن بقى واحد . . . » ساقطة من (أ) وفى هذا المكان من (ب) .

وقوله : (وبأعتق رقاباً ، فثلاثة ، ونُقِصَ لعَجْز ، ولا يُبْعَضُ بخلاف أعتق) .

أى : إذا قال الموصى لوصية أعتق رقاباً ، فهذه صيغة جمع ، وأقله ثلاثة فإن اتسع لأربع رقاب قليلة القيمة ولثلاث مُثْمَنه فالأربع أفضل فإن اقتصر على النفائس جاز ، وإن لم تسع الثلاث فله أن ينقص ويأخذ الممكن بعد الحذر من النقص فليتجنب التشقيص بأخذ النفيس ونحوه ، فإن فضل شيء بعد ذلك بطلت فيه الوصية هذا إذا قال أعتق أرقاء ورقاباً ، فأما إذا قال : أعتق عني بثلي أو اصرفه في العتق ولم يذكر الرقاب ، فإن عليه أن يشتري بالفاضل بعض الرقبة ، الفرق ظاهر .

وقوله : (والجيران أربعون داراً من كل جهة) .

أى : مما يليه من الجوانب الأربعة ، للحديث^(١) « حق الجوار أربعون هكذا وهكذا وأشار قداماً وخلفاً ويميناً وشمالاً » قالوا ، ويقسم على عدد الدور ، لا السكان^(٢) .

وقوله : (والقراء حفاظ القرآن ، والعلماء ، مُحَدِّثٌ ومُفَسِّرٌ وفقيةٌ ، وسبيل الله غزاة الزكاة ، والرقاب من كوتب) .

أى : وإذا أوصى للقراء ، فلا يطلق هذا الاسم إلا على من حفظ

(١) رواه البيهقي وغيره وقال النووي في الروضة توزع على عدد الدور لا على عدد سكانها والحديث ص ١١١ - ٣ بلوغ المرام .

(٢) وما يخص كل دار على عدد سكانها صغيراً أو كبيراً ذكرنا أو أنى . والمسلم والكافر والحر الرقيق / ٥ .

كل القرآن ، لامن حفظ البعض ولا من يقرؤه ولا يحفظه ، ولا يقع اسم العلماء إلا على أهل العلوم الشرعية ، وهى الحديث والتفسير والفقه ، وشرط المحدث معرفة طرق الأحاديث وأسانيدها وأسماء الرواة والمتون أى ترتيب وأما السماع المجرد فليس بعلم ، ولا يدخل فيه المقرئون ولا المعبرون والأدباء والأطباء والحُساب والمنجمون وكذلك المتكلمون^(١) عند الأكثرين ، وإن أوصى لسبيل الله ، حمل على الغزاة الذين يُعطون الزكاة لا غيرهم ، ولابد كما قال الرافعى : من التقييد بذلك فليحمل إطلاق الحاوى عليه ، وإن أوصى للرقاب ، فهم المكاتبون ، ولا يشتري بهم رقاباً يقتصهم ، فإن رَقَّ مكاتب ، وقد أخذ استرد .

وقوله : ولزيد والله ، أو لزيد الكاتب والفقراء ناصفوه ، كلزيد ومحصور من أوله وللفقراء ، تعيين لمتمول ، أوله وجدارٍ ، بطل نصف أو والجدار ، فله متمول .

أى إذا أوصى بشئ لزيد ومعه ، فالأصح أن النصف لزيد والنصف للفقراء لأنهما مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى : قال الأسنوى وقواه الرافعى فى الشرح الصغير ، وقال : وأقواهما النصف لزيد والباقي للفقراء هذا لفظه ، قال : وصحح النووى فى أصل الروضة أنه يصرف إلى وجوه القرب ، وعبر بالأصح وهو غريب فإن سياق كلام الرافعى يقتضى أنه غير معروف فضلاً عن تصحيحه ولهذا أنه

(١) قال المتول هم من العلماء وقال الرافعى وهو قريب ، ذكره صاحب المنهاج ، وهم علماء الكلام وعلم الكلام وهو علم أصول الدين ٨ .

لم يعده مع الأوجه بل يحله في الشرح الصغير أصلاً انتهى ، وإن أوصى لزید وجبریل أن للريح ونحوه بما لا يوصف بملك ، فالنصف لزید . والنصف الآخر تبطل فيه الوصية وإن أوصى لزید وللفقراء قال الشافعي رحمه الله تعالى : هو كأحدهم ولا يتعين له شيء بل لو أعطى أقل متمول جاز ، كما يجوز أن يعطاه أحد الفقراء ولا يجوز منع غيره من الفقراء من التنصيص عليه ويعطى وإن كان غنياً ، وإن وصفه بغير صفته كلزید الفقيه والفقراء أعطى النصف ، وإن أوصى لزید بدينار ، وللفقراء بثلاث ماله ، أعطى زید الدينار ولم يزد عليه وإن كان فقيراً ، وقيل بل يجوز أن يزد إن كان فقيراً ، وقوله في الحاوي^(١) : ولزید وللفقراء إلى قوله : النصف للفقراء ، فيه أمور .

أحدها : أنه لم يذكر ما إذا وصف زیداً بوصف غير الفقراء كزید الكاتب ونحوه وقرنه بالفقراء ، فإنه يعطى النصف ، .

الثاني : ما إذا ذكر مع زید محصورين ، كأولاد فلان فإن لزید النصف أيضاً .

الثالث : أنه ذكر فيما إذا قرن بزید من لا يملك كجبریل والريح والجدار أنه يبطل النصف ، ويأخذ زید النصف ولم يذكر ما إذا قرن به الملائكة والرياح والجدران وهو حينئذ ، لا يتعين له النصف ، بل أقل متمول .

(١) وفي ح « ولزید وللفقراء يجوز أن يعطى زید أقل متمول ولزید وجبریل أو الريح بطل النصف ولزید ومعه النصف للفقراء » .

وقوله : أقارب زيد ورحمه ، وَلَكِنَّ أَقْرَبَ قَبِيلٍ مِنْ جِهَةِ أَبٍ أَوْ
أُمٍّ ، لا أبواه ، وَلَكِنَّ صُلْبَهُ ، وكذا أقارب نفسه حتى وارثه .

أى وإذا أوصى رجل لأقاربك ورحمك ، فهم أولاد أقرب جد من
أجدادك ، صار أصلاً وقبيلة ينسبون إليه ، ويدخل فى القرابة قرابة
الأم على الأصح كما يدخلون فى الرحم ، وكل من يدلى بها من خال
أو عم ونحوه ، وقيل إن كان عربياً لم يدخل القرابة من جهة الأم .
ويدخل فى القرابة والرحم ، الذكر والأنثى ، الغنى والفقير والقريب
والبعيد ، والكافر والمسلم ؛ والوارث وغير الوارث . وإن لم يوجد إلا قريب
واحد أعطى الكل ؛ لأن المقصود جهة القرابة . وإن كان جماعة محصورين
قسم بينهم بالسوية ولا بد من استيعابهم ، وإن كانوا غير محصورين ،
فالوصية لهم كالوصية للعلوية ، والأصح أنها تصح ويكفى بثلاثة
كالفقراء ، ولا يدخل أبوك وولدك ؛ لأن هؤلاء لا يسمون فى العرف
قرابة ، بل المعروف أن قرابة الإنسان من ينتمى إليه بواسطة ، ويدخل
فى القرابة الأحفاد والأجداد ، فإن كنت أنت الموصى لقرايتك
ففى دخول ورثتك وجهان : الأصح الذى صححه الرافعى فى الشرح
الصغير وقال : إنه أقوى الوجهين دخولهما ورجحه فى المهمات ، ولكنها
تبطل فى نصيبهم ؛ لامتناع إجازتهم لأنفسهم .

وقوله : وأقرب قريب ، فرعٌ ثم أصلٌ ، ثم أخوة ، ثم جدودة ،
ثم عمومة ، وخوالة ، وقدم الأقرب وذو الأبوين .

أى إذا أوصى رجل إلى أقرب الأقارب ، دخل فيه الفرع والأصل ،
واستشكل ، كيف يكون الشخص أقرب الأقارب ولا يكون من الأقارب

والجواب : أنا لا ننكر كونهم من الأقارب بل هم أخص من ذلك ، والفرق يخرجهم بتلك الخصوصية من اسم الأقارب ، ولا يخرج من أقرب الأقارب . إذا اجتمع الأصل والفرع ، قدم الفرع لقوة أثره وعصوبته ، وتقدم الأولاد على غيرهم ، ثم يليها البطن الثاني ثم الثالث إلى حيث انتهوا ، ويسوى أولاد البنين وأولاد البنات ، ثم إذا عدم الأولاد وأولادهم ، قدم الأبوان بالتسوية وبعدهم الأخوة ، والأخوات والعمات والأخوال والخالات ، بمنزلة واحدة ولهذا عطف الخؤلة بالواو ، وقدم الأقرب من هؤلاء على ولده ، ويقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بأحدهما ، لقوة القرابة .

وقوله : وملك كسباً ومهراً موصى له بمنافعه ، لا ماندر ، ويسافر به أمانة ويؤجر لافي مؤقتة بموته ، أو يبيع الوارث منه وكذا من غيره ، إن وقتت وعلم أو أوصى بنتاج .

أى إذا أوصى بمنافع عين من أرض ودار وعبيد ونحوها ، ملك المنافع الموصى له بعد الموت فيورث عنه ، وله أن يؤجرها ويعيرها ويوصى بها ، وكذلك إذا أوصى بمنافعها مدة مقدرة . أما إذا قال : أوصيت لك بمنافعها مدة حياتك ، قالوا : فإن ذلك لا يكون تملكاً بل إباحة ، فليس له أن يؤجرها وفي الإعارة تردد . وإذا مات الموصى له ، رجع إلى حرية الموصى في هذه الصورة ، وإنما يملك كسبه المعتاد ، وأما النادر كالهبة واللقطة فإنه لا يملكه على الأصح بل هو للوارث ، ويملك مهر الجارية الموصى له بمنافعها على الأصح^(١) ، وللوارث أن يبيع العين

(١) مقابلة بمنع ملك المهر للموصى له لأنه بدل منفعة البضع وهى لا تجوز الوصية بها فلا يستحق بطلان الوصية وقال في الروضة كأصلها أنه الأشبه ولا يملك ولدها من نكاح أو زنا وإنما يملكه الموصى ، في الأصح هـ .

الموصى بمنفعتها من الموصى له ، ولا يجوز من غيره إن كانت الوصية مؤقتة بوقت معلوم ، بأن أوصى بمنفعتها سنة مثلاً فإنه ، يصح بيعها من الموصى له ومن غيره ، وكذا إذا أوصى بنتاجها لشخص جاز بيعها مطلقاً من ذلك الشخص ومن غيره ، لأنه تبقى فيها منافع أخرى ، وأما إذا أوصى له بمنافعها مدة حياته ، فإنه لا يصح بيعها إلا منه ، وللموصى له المنفعة إن يسافر بالعين وتكون تحت يده أمانة ، فإن تلفت لم يضمن وقوله في الحاوى^(١) : وبالمنافع يملك كسب العبد إلى قوله كشاة الموصى بنتاجها : فيه أمور .

أحدها أنه قطع بأن المهر للوارث ، والأصح الذى ذهب إليه العراقيون بأسرهم وصاحب التهذيب وصححه فى المحرر والمنهاج ورجحه صاحب المهمات ، أنه للموصى له بالمنفعة .

الثانى : أنه قال إن للوارث بيع العين الموصى بمنفعتها ، إذا كانت الوصية مؤقتة من الموصى له ومن غيره وهى لا يجوز بيعها من غيره ، إلا إذا كانت مدة التوقيت معلومة ، فإن وُقِّتَ بحياة الموصى له فإنه يصح بيعها .

الثالث : قوله بشاة الموصى بنتاجها ، وقد يتوهم أنه يريد أن فيها هذا التفصيل ولم يرد ذلك ، بل أراد أنه يجوز بيعها منه ومن غيره ، وإن كان قد لا يعطى ذلك .

(١) ح « وبالمنافع يملك كسب العبد لا ما يتهب وعقر الجارية وولدها كهى ويؤجر ويسافره ولا يضمن بالتلف والوارث يبيع إن أقت ومن الموصى له مطلقاً كالشاة الموصى بنتاجها » .

الرابع : أَنَّهُ أَطْلَقَ لِلْمَوْصَى لَهُ جَوَازَ الْإِجَارَةِ ، وَهُوَ كَذَلِكَ إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْمُدَّةُ مُقَدَّرَةً بِمَوْتِ الْمَوْصَى لَهُ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْجَرَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمَنْفَعَةُ بَلْ هِيَ مَبَاحَةٌ .

وَقَوْلُهُ : وَيَقْتَصُّ ، وَيُؤْخَذُ بِبَدَلِهِ^(١) ، مِثْلُهُ ، وَإِنْ جَنَى فَبِيعَ بَطَلَتْ ، لَا إِنْ فُدِيَ ، وَوُلِدَهَا ، كَهَيْ .

أَيُّ لِلْوَارِثِ أَنْ يَقْتَصَّ إِذَا قَتَلَ الْعَبْدَ الْمَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ وَيَبْطُلُ حَقُّ الْمَوْصَى لَهُ بِذَلِكَ ، وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ اشْتَرَى عَبْدًا مِثْلَهُ وَتَكُونُ مَنْفَعَتُهُ لِلْمَوْصَى لَهُ وَإِنْ جَنَى الْعَبْدَ فَبِيعَ فِي الْجَنَائِيَةِ ، بَطَلَ حَقُّ الْمَوْصَى لَهُ ، وَإِنْ فُدِيَ بَقِيَ حَقُّهُ عَلَى حَالِهِ سَوَاءً فُدِيَاهُ مَعًا ، أَوْ فَدَاهُ أَحَدُهُمَا وَإِنْ نَتَجَتِ الْبَهِيمَةُ أَوْ الْجَارِيَةُ الْمَوْصَى بِمَنْفَعَتِهَا ، فَلَا أَصَحَّ أَنْ لَوْلَدَهَا حَكْمُهَا يَبْقَى مِلْكًا لِلْوَرِثَةِ وَمَنَافِعُهُ لِلْمَوْصَى لَهُ .

وَقَوْلُهُ : وَيُخَسَّبُ مِنَ الثَّلَاثِ قِيَمَةُ الْعَيْنِ وَنَقْصُهَا إِنْ وَقَّتْ .

أَيُّ وَالْعَيْنُ الْمَوْصَى بِمَنْفَعَتِهَا تَحْسَبُ قِيَمَتُهَا كُلُّهَا مِنَ الثَّلَاثِ وَلَا يُقَالُ بِحَسَبِ الْمَنَافِعِ خَاصَّةً ، وَكَذَلِكَ الْمَوْصَى بِمَنْفَعَتِهَا مَطْلَقًا مُدَّةَ حَيَاتِهِ ، كَمَا قَالُوا إِنْ الْمُؤْجَلُ تَحْسَبُ قِيَمَتُهَا مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّهُ حَالُ بَيْنِ الْوَارِثِ وَالْعَيْنِ . وَالْحِيلُولَةُ كَالْآتِلَافِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْغَاصِبَ كَيْفَ يَضْمَنُهُ بِهِمَا ، وَإِنْ وَقَّتْ الْوَصِيَّةُ بِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ قُومَتِ الرِّقْبَةُ مَعَ مَنَافِعِهَا ، ثُمَّ تَقُومُ مَسْلُوبَةُ الْمَنْفَعَةِ تِلْكَ الْمُدَّةَ وَيَحْسَبُ النِّقْصُ مِنَ الثَّلَاثِ .

(١) وَخَرَجَ بِبَدَلِهِ بَدَلُ أَطْرَافِهِ ، فَإِنَّهُ الْوَارِثُ فَقَطْ / ف .

وقوله : وحج من ميقات ، لا إن عَيْن ، ومن الأصل فرضه
وسائر الواجبات فإن قال من الثلث زاحمت الوصايا .

أى ويحسب من الثلث قيمة العين والحج ، وأراد به حج التطوع
إذا أوصى به لأن الصحيح جواز النيابة فيه ، فإذا أوصى به كان
من الثلث كسائر التطوعات ويكون من الميقات عند الإطلاق ، فإن
عين ميقاتاً أبعد منه كان الاحرام منه ، وأما حجة الاسلام فإنها من
أصل المال وكذا سائر ما لزمه من الواجبات ، فيقضى من ماله وإن
لم يوص كالزكاة ، والدين والذي لزمه من النذر من حج وكفارة
يمين أو ظهار أو قتل أو إفساد ونحوه^(١) فكله يحسب من أو كلهم
يحسب من الأصل لا من الثلث ، فإن قال : من عليه دين أو حج أو زكاة
أو غيره أدوا ذلك غنى من ثلثي زاحم الوصايا وكأنه قصد الرفق
بالورثة ، وتوفير الثلثين لهم ، فإن وفى الثلث بالدين والوصايا فذاك
وإلا قسم بالحصّة وكمل الحج والدين من الأصل ، وحينئذ ، تدور
المسألة لأن معرفة ما يكمل به يتوقف على معرفة ثلث الباقي ليعرف
قدر حصّة الحج منه ومعرفته ، يتوقف على معرفة ما يكمل به فإذا خلّف
ثلاثمائة وأوصى من ثلثه بدين أو بفرض حج ، ووصى لشخص بمائة ،
وأجرة الحج أو دينه بمائة ، فالذى يكمل به حصّة الحج شيء ، فبفرزه
يبقى ثلاثمائة إلا شيئاً ثلثها مائة إلا ثلث شيء يقسم بين الدين

(١) فى (ب) « فكله يحسب من الأصل لا من الثلث فإن قال : من عليه دين أو حج أو زكاة أو غيره أدوا ذلك غنى .
من ثلثي زاحم (الوصايا) ، وكأنه قصد الرفق بالورثة وتوفير الثلثين لهم وساقط من (أ) إلى (الوصايا) .

والموصى له نصفين ، فنصيب الحج أو الدين خمسون إلا سدس شيء يُضَمُّ إليه الشيء المفروز فيبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء ، وذلك يعدل مائة ، وهى تمام الأجرة فيسقطا الخمسين من المائة بالخمسين من معادها ، يبقى خمسة أسداس شيء فى مقابلة الخمسين الباقية ، فإذا كانت خمسة أسداس الشيء خمسين كان الشيء ستين فعرفنا أن ما أفرزناه ستون ، فيأخذ ثلث الباقي بعد ستين وهو ثمانون فيقسمه بين الوصيتين . لكل أربعون والأربعون مع ستين تمام المائة .

وقوله : ويؤدى عنه حج لازم ، وكفارة مالية ، لا أجنبي ، عتق تخيره .

أى وإذا كان فى ذمة ميت حجة إسلام أو حجة مندورة أو حجة لازمة بإفساد ، جاز لكل من الوارث وغيره أن يحج عنه من مال نفسه وإن لم يوص كما يقضى عنه دينه ، وأما حج التطوع فقد بيناه فى الحج ، أنه إن لم يوص به لم يحج عنه ويؤدى عنه كفارته المالية الوارث مطلقاً سواء كانت عتقاً أو غيره ، لأنه نائبه شرعاً ، وإعتاقه كإعتاقه ويكون الولاء للميت ، وكذا للأجنبي أن يكفر عنه فى مال نفسه فى غير العتق ، وأما العتق فإن كان فى كفارة تخيير لم يجز له أن يعتق عنه على الصحيح ، لعسر إثبات الولاء للميت ، وكذا للأجنبي أن يكفر عنه ، وإن كانت مرتبة فالأصح جواز إعتاق عنه للضرورة ، وليس لغير الوارث أن يؤدى عنه الكفارة بالصوم ؛ لامتناع النيابة فى العبادات البدنية إلا فيما جوز فى ذلك للولى ، ومأذونه وقوله فى الحاوى : ويؤدى حجه وكفارته المالية ، لا الأجنبي العتق ، فية أمران .

أحدهما : قال به ابن النحوى والقونوى وقالوا إن مقتضى إطلاقه أن يؤدى عنه حج التطوع له ، وإن لم يوص به ، قال القونوى وقد يوافقه قوله فى الحج ، ومن شاء للميت قال والذى نقله الرافعى عن إطلاق العراقيين المنع وإن لم يوص به ، قال فعلى هذا يمكن أن يخصص قول المصنف بالحج الذى ثبت وجوبه عليه ، والإضافة فى قوله حجة قد يشعر بذلك .

الثانى : قوله : لا الأجنبى العتق اعترض به ابن النحوى خاصة ، قال هذا فى الكفارة المخيرة لعسر إثبات الولاء للميت بخلاف المرتبة للضرورة كما صححه الرافعى فى كتاب الإيمان ، وكذا قال فى المهمات لو كانت مرتبة صح الإعتاق من الأجنبى على الأصح كذا ذكره فى أصل الروضة فى كتاب الإيمان .

وقوله : (ونفع ميتاً دعاء وصدقة ، لا صوم تطوع وصلاة) .

أى وكما ينفعه أن يحج عنه وأن يكفر عنه ينفعه أيضاً الدعاء له ، لقوله تعالى « وَالَّذِينَ^(١) جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ الْآيَةَ » والصدقة عن الميت تنفعه ، أيضاً للحديث^(٢) « أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم ، إن أبى

(١) آية ١٠ من سورة الحشر .

(٢) الحديث رواه أحمد والنسائى وابن ماجه عن أبى هريرة ص ٩١ - ٩٢ نيل الأوطار .

ولحديث « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية ص ٩٣ - ٩٤ نيل الأوطار . . . الخ . قال . فى الأم : أخبرنا الربيع ابن سليمان قال : حدثنا الشافعى إملاء قال يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث : حج يؤدى عنه ومال يتصدق به عنه أو يقضى ، ودعاء ، فأما ماسوى ذلك من صلاة أو صيام فهو لفاعله دون الميت انتهى ، قالوا وإنما كان ذلك لأن هذه عبادة لا تقبل النيابة ، ونقل القليوبى فى حاشيته على شرح منهاج النوى أن بعض الأئمة قال : إن ثواب جميع العبادات عن الميت يحصل له حتى الصلاة والاعتكاف وإن كان مرجوحاً عندنا / ٥ .

مات وترك مالا ولم يوص فهل يكفي عنه أن أتصدق عنه ، قال نعم » ،
قال الشافعي رحمه الله تعالى : وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدق
أيضاً ، قال : الأصحاب يستحب أن ينوى المتصدق بصدقته الصدقة
عن أبويه فإن الله يثيبهما فلا ينقص من أجره شيئاً ، وكذلك
لو غرس شجرة أو حفر بئراً ، أو أوقف شيئاً عن الميت نفعه وأما
الصلاة عن الميت وتطوع الصوم عنه فإنه لا ينفعه ، وكذا قراءة القرآن
على المشهور من مذهب الشافعي رحمه الله تعالى وجوز القاضي حسين
الاستئجار للقراءة على القبر ، قال الرافعي : الوجه تنزيل ، الاستئجار
على انتفاع الميت للقراءة ، فقليل لأنه يعقبها الدعاء ، وقيل إنه إذا
قرأ ثم جعل ما حصل من الأجر له كان دعاء له لحصول ذلك الأجر ،
وقيل لأن الرحمة تنزل حيث يقرأ القرآن فينتفع بحصول الرحمة
عنده ، قال القاضي أبو الطيب يرجى للميت الرحمة وحصول
البركة إذا أهدى القارئ الثواب إليه .

وقوله : (وَتَعَيَّنَ لَهَا بَاقِيُ مَوْصَى بِثُلْثِهِ ، اسْتَحَقَّ ثَلَاثَ) .

أى إذا أوصى بثلث عين فاستحق ثلثاه ، فهل يتعين في الثلث
الباقى للوصية ، أم يقال هى مشاعة فى الجميع فقد استحق ثلثاه ،
الأصح أنها تتعين فى الثلث الباقى فإن خرج كله من الثلث أخذه كله
وإلا فلا يخفى أنه يأخذ منه ما يخرج من الثلث .

وقوله : (وَبِحَظٍّ وَنَصِيبٍ وَجُزْءٍ وَثُلْثٍ إِلَّا شَيْئاً مَتَمَوْلٍ) .

أى ولو أوصى له بحظ وبما ذكر فالوصى به ما فسر به الورثة ولو كان

أقل متمول ؛ لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير ، فإذا قال : أعطوه ثلث مالى إلا شيئاً ، وفسروه بأقل متمول جاز لأن الشيء ؛ يقع على القليل والكثير ، ولو قال : أعطوه كبيراً أو عظيماً من مالى فكذلك كما فى الإقرار ، نعم إن قال الموصى له أراد أكثر وسأل تحليف الوارث حلف أنه لا يعلم أراد أكثر من ذلك .

وقوله : (وبنصيب ابنى ، فرض ابناً زائداً ، ويضعفه إبنين ، وَضِعْفِيهِ ثَلَاثَةَ ، وبنصيب وارث أقلهم) .

أى ولو قال : أوصيت له بنصيب ابنى أو بنصيب ابن فالأصح أنه كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه فتصح الوصية إن كان له ابن وارث وإلا بطلت ، فإذا صححنا الوصية فإننا نفرض الموصى له ابناً زائداً فى الورثة فيُعْطى مثل ما يعطى واحد من البنين إن كانوا جماعة ، ومثل نصيب الابن الواحد إن لم يكن له غيره ، وإن أوصى بضعف نصيب ابنه فإننا نفرض الموصى له ابنين زائدين ، وإن أوصى بضعفى نصيب ابن فإننا نفرض الموصى له ثلاثة بنين وإن أوصى بثلاثة أضعافه فنفرضه أربعة بنين ، وإن كان له ابن واحد فللموصى له فى الأولى النصف وفى الثانية الثلثين وفى الثالثة ثلاثة أرباع ، وفى الرابعة أربعة أخماسه ، فإن كان له ابنان فالوصية فى الأولى بالثلث ، وفى الثانية النصف ، وفى الثالثة ثلاثة أخماس المال ، وفى الرابعة بأربعة أسداسه وعلى هذا القياس ولا يخفى أن للورثة رَدُّمَا زاد على الثلث وإن لهم أن يجيزوا فى الجميع ، وإن أوصى له بنصيب وارث جعل

الموصى له كأقلهم نصيباً ويكون زائداً ، فإن خلف ابنا وزوجة فالوصية بالتسع ، لأن المال كان يقسم من ثمانية أسهم فالأقل نصيب الزوجة ، وهو ثمنها فإن زادت مثله لزم العول ، فسبعة للأبن وواحد للزوجة وواحد للوصية ، وإنما جعل الأقل لأنه لازم يقينا وما سواه محتمل .

وقوله : (وَإِنْ مَاتَ مَرِيضٌ ، أَعْتَقَ ثَلَاثَةً هُمْ مَالُهُ ، وَكُلُّ بَمِائَةٍ ، وَقَدْ كَسَبَ وَاحِدٌ مِائَةً ، وَخَرَجَتْ الْقِرْعَةُ لَهُ تَبِعَهُ كَسْبُهُ ، أَوْ لغيره عَتَقَ ، وَأُعِيدَتْ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِ عَتَقَ ثَلَاثَةً ، أَوَّلُهُ فَرُبُعَهُ ، وَتَبِعَهُ رُبْعَ كَسْبِهِ) .

أى : إذا أعتق المريض ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم ، وتساووا فى القيمة فكانت قيمة كل واحد مائة مثلاً ، ثم كسب أحدهم مائة فى حياة مُعْتِقِهِ ، فقد علم أن العتق نفذ فى أحدهم من حينئذ ، ولكن معرفته متوقفة على القرعة فيقرع بينهم بسهم عتق وسهمى رِقٌّ فإن خرجت قرعة العتق للكاسب فهو الحر وتبعه كسبه ؛ لأنه اكتسبه وهو حر ، وإن خرجت لغيره ، حكمنا بعتقه وأُعِيدَتْ ، فإن خرجت لغير الكاسب أيضاً حكمنا بعتق ثلثه ، لأن المال أربعمائة بكسب العبد ، وإن خرجت للكاسب فى المرة الثانية ، حصل الدور ، لأنه لا يَعْرِفُ ما يعتق منه حتى يَعْرِفُ ما يبقى من كسبه للورثة ، ولا يعرف ذلك إلا بِمَعْرِفَةِ قدر ما يعرف قدر ما يعتق ، فيقال يعتق منه شئ ويتبعه مثله من كسبه فيخرج من أربعمائة بالقرعة الأولى مائةً وشيئان بالثانية فيبقى الإرث بثلاثمائة إلا شيئين ، وما عتق مائة وشئ ، إذ ليس الشئ الثانى مما عتق بل تابع له ، وينبغى أن يكون الباقي

للورثة مِثْلَى مائة بالعتق فيكون ثلاثمائة إلا شيئين يعادل مثلى مائة
وشىء ، وذلك مائتان وشيئان ، فإذا أَجْبَرْنَا وَقَابَلْنَا عدالته ، ثلاثمائة ،
مائتين وأربعة أشياء ، فيسقط مائتين كل جانب ، تبقى مائة معادلة
لأربعة أشياء ، فعلمنا أن الشىء ربع المائة فيعتق ربع الكاسب ويتبعه
ربع كسبه ، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه ، والعبد
الآخر ، وذلك مائتان وخمسون ، وهو ضعف الفأيتِ الذى هو مائة
 وخمسة وعشرون .

وقوله : والمعلقة تبطل بما يتضمن الرجوع ، كهو لوارثى ،
لا تركتى ، وكبيع ورهن ، وعرض عليه ، وإذن فيه وتدبير وبناء وغرس ،
لا زرع لأرض ، وكحشو بقطن ، وخلط بربر ، ومشاعه بأجور .

أى : وتبطل الوصية المعلقة بكل ما يتضمن الرجوع من لوازمه
سواء كان تعليقها فى الصحة أو فى مرض الموت ، وأما المنجزة وهو
ما وهب أو حابى به فلا يصح الرجوع فيه بعد القبض ، وقد علم أن
المعلقة هى المعلقة بالموت ، والذى يحصل به الرجوع يكون قولاً
كرجعت فى الوصية وأبطلتها ونقضتها ، كقوله هو لوارثى ، فإذا
أوصى بشىء ثم قال : بعد هو لوارثى علمنا أن قصده ، الرجوع
ولا تبطل بقوله : هو تركتى لأن الموصى به هو المسمى تركة ، وتبطل
بالبيع والإعتاق والوقف والكتابة والإصداق والأصح أن الرهن والهبة
قبل القبض كالبيع ، وكذلك العرّض على البيع وعلى الرهن والهبة ،
والإذن فيها للوكيل مما يشعر الرجوع على الأصح ، وإذا أوصى له

بعبد فدبره ، بطلت الوصية ، لتضمنه الرجوع ، وكذا إذا علق عتقه
بصفة غير الموت وإذا أوصى له بأرض ، ثم غرسها أو بنى فيها بطلت
الوصية ، بخلاف ما إذا زرعها لأنه لا يراد للدوام ، أو بقطن فحشى
فراشاً أو ببر معين فخلطه ببر آخر ، أو أوصى له ببر مشاع ، كما
إذا أوصى له بربع صبرة أو بصاع من صبرة فخلط بالصبرة براً
أجود ، فكل هذا يشعر بالرجوع عن الوصية ، وإن خلط الصبرة ببر
مثل برها أو ردىء لم تبطل .

وقوله : (وبإحبال ، وفي منفعة بإجارة مُدَّتْها) .

أى : وتبطل الوصية بحق أقوى كالأحبال ، فإن حق المستولدة
أقوى من حق الموصى له وكإجارة بقيت مدة الوصية ، فما إذا أوصى
بمنفعة داره سنة مثلاً ، وإن لم يعين السنة الأولى على الأصح ؛ لأن له
أن يؤجرها في حياته ولا يكون رجوعاً ، ثم إن مات نظرت ، فإن
بقيت مدة الإجارة حتى استغرقت السنة بطلت ، أو استقرت بعضها
بطل فيه وحده ، ولما كان الإحبال والإجارة لا يصدق على فاعلهما
أنه قصد التصرف والرجوع عن الوصية وأن القول والفعل حينئذ
غير مؤثرين ، لأن الصحيح أن الوطاء بالإنزال ليس برجوع وكذلك
عقد الإجارة ، ولكنه لما مات الموصى وتزاحم الحقان ، دفع الأقوى
الأضعف .

وقوله : (وبمزيل اسم كهذم ، لا بغير فعله لِعَرَصَةٍ ، وكطخن
وعجن وقت خبز وتفصيل ثوب) .

أى وتبطل الوصية بكل مزيل للاسم كما إذا أوصى له بدار فهدمها ، فانهدامها يزيل اسم الدار ، ويؤذن بقصد الرجوع ، وإنْ انهدمتْ بآفة سماوية أو بفعل أجنبي بطلت فيها ، ولم تبطل في العرصة لأنه لم يوجد منه ما يدل على الرجوع وزوال الاسم إنما يقع على الدار ، لا على العرصة التي دخلت في الوصية واسمها ، عَرَصَة في الحاليين ، وإنْ انهدم بعض لا يزول به اسم الدار لم تبطل في القائم ، وفي النقض وجهان ، وإنْ أوصى له ببر ثم طحنه الموصى ، وبدقيق عجنه أو بخبز ففتته ، أو بثوب ففصل قميصاً ، أو غيره بطلت الوصية فيه لمعنيين أحدهما ، الإشعار بقصد الرجوع ، والثاني لزوم الاسم ، وإنْ طحنه غيره ، أو عجنه أو فصله ، فالأصح بطلانها لزوال الاسم .

وقوله : (لا بإنكارٍ ونقل ، وتجفيف رطب ، وتزويج ، ووطء ، وبيعٌ موصٍ بالثلث ماله) .

أى ولا تبطل الوصية بإنكارها الذي صححه الرافعي والنووى في الروضة في باب التدبير ، هذا البسط في المسألة وإنْ كان في باب الوصية قد خالفه وقال : هو رجوع على ما مر في جحد الوكالة ، وهو صريح في الفرق بين أن يكون لغرض دونه كما تقرر في الوكالة وحذف في الروضة قوله كما تقرر في الوكالة ، أعنى في باب الوصية ، ولا تبطل بنقل الموصى به من بلد إلى بلد ، لأن ذلك لا دليل فيه على قصد الرجوع وتجفيف الرطب الموصى به زيادة في صفاته ، وكذلك تقديد

اللحم ، فلا تبطل به وتزويج الموصى به كذلك لا يُبطلها سواء كان عبداً أو أمة ، وكذلك وطء الأمة لا تبطل الوصية سواء أنزل فيها أم لا وقيل إذا أنزل ، والصحيح عند الأكثرين كما في الروضة والعزيز ، الأول ، وكذلك لبس الثوب وغسله ، وأما قصره فرجوع على الأصح ، ولو أوصى بثلث ماله على التعيين ، فتلغ ماله أو باعه كله لم تبطل الوصية ؛ لأنَّ الاعتبار ماله عند الموت مازاد ، أو نقص .

وقوله : (والوصية لعَمْرٍو بَعْدَ زَيْدٍ تَشْرِيْكُ ، وبما أَوْصَى به لزيد رجوعٌ) .

أى إذا أوصى لزيد بمال معين ثم أوصى لعمره فقد قيل إن الثانية توجب الرجوع وجعلها للثانى ، والصحيح أنهما يشتركان ، أما إذا قال : أوصيت لعمره ، بالذى أوصيت به لزيد ، فيتضمن الرجوع عنها فى حق زيد ، وتصير لعمره .

الإيصاء

وقوله : (فصل^(١) : صح إيصاء وإن علق ووقت ، أو أشار به لِعَجْزٍ ، من حرٍّ مكلف لإيصال وصية وحق ومن ولى أو وصية عنه ،

(١) فى الإيصاء ، وهو إثبات تصرف مضافاً لما بعد الموت ، وروى ابن عينة أن الزبير كان وصى سبعين صحابياً رضى الله تعالى عنهم ، وكان ينفق على أولادهم من ماله ، ويحفظ ما لهم ، ويندب فى قضاء الحقوق وتنفيذ الوصايا وأمر الأطفال بل بحث الأذرى وجوبه لثقة كاف وجبه إذا غلب على ظنه استيلاء من يضيع ماله ، والأظهر صحته على الحمل الموجود حالة الإيصاء أيضاً رد المظالم وحقوق عجز عن ردها حالا ولا شهود بها ، وأركانها أربعة : الصيغة إيجاباً كإوصيت أو فوضت إليك أو أقتك مقامى أو جعلتك وصياً ، وقبولا ويكنى العمل عنه ، ووليتك بعد موق كناية ، ولا أثر لرد ولا قبول قبل الموت ، ف ، الثانى الموصى بشرط فيه التكليف والاختيار والحرية . والإسلام فى المسلم . والأمانة والاهتداء إلى التصرف وعد بعضهم أن لا يكون عدداً للموصى وقد ذكره المؤلف .

بإذن على نحو طفلٍ ، لا وجدُّه حَيٌّ ، فيلبي به المال فقط ، ومطلقه لَغَوْ^(١) .

أَي ويصح الإيصاء منجزاً ، كان كأوصيت إليك في أمر أطفالي ، أو معلقاً كإذا مِتُّ فقد أوصيت إليك ، ويصح مؤقتاً كأوصيت إليك سنة أو إلى أن يبلغ ولدي ، لأن الوصية كالولاية ، « وقد أمر النبي ^(٢) صلى الله عليه وسلم زيداً على سرية وقال إن أصيب زيد فجعفر ، وإن أصيب جعفر فعبد الله بن رواحة » وتصح بالإشارة عند العجز ، إذا اعتقل لسانه وفهمت عنه كما اتصح من الأخرس ، ثم إن كانت الوصية بإيصال الحقوق إلى أربابها ، كقضاء الديون ورد الودائع والمغضوب وصرف المال الموصى به كفى أن يكون الموصى حراً مكلفاً وأما الموصى بالأطفال والجد حَيٌّ ، فيشترط أن يكون له عليهم ولاية أصلية كالأب والجد ، وليس للأب أن يوصى بالأطفال والجد حَيٌّ لأن الولاية الأصلية تنتقل إليه ، ويجوز أن يوصى في قضاء الدين إلى غير الجد ، وكما تصح الوصاية على الطفل من الأب والجد تصح ممن أذن له أن يوصى عنهما ، فإن أذن للوصى في ذلك فأوصى عن نفسه لم تصح ، وإذا قال : أوصيت لك في أمر أطفالي فالأصح أنه يملك بذلك التصرف في أموالهم ، وحفظها ، وقيل لا يملك التصرف إلا بتصريح الإذن في التصرف بالمال ، ولا يلي الوصى

(١) كالوكالة وخرج بمطلقه أوصيت إليك بأمر أطفالي ولم يذكر التصرف ، فله حفظ المال وكذا التصرف خلافاً للماوى اعتماداً على العرف ، فإن اقتصر على قضاء الديون ، أو تنفيذ الوصايا مثلاً لم يتعده / ف .
(٢) رواه البخارى عن ابن عمر ص ٢٦٦ - ٨ نيل الأوطار .

إلا بالتصرف بالمال فقط فلا يلي تزويجهم ؛ لأنه لا يُعبر بدخول الدنى
في نسب الأطفال فيزوجهم السلطان عند عدم الولي ، فإذا قال : أنت
وصي ؛ وأطلق لغا ، ولا يصح الإيصاء في مُحَرَّم ، كبناء الكنائس
وكتب التوراة ، وقوله في الحاوي^(١) : ويصح إيصاء الحر إلى قوله :
والمطلق للحفظ ، فيه أمور :

أحدها : قوله : والوصي بإذنه أراد أن تكون الوصية من الموصي
بإذن من أوصى إليه ، وإن يقصد به النيابة عنه بل لا يصح الإيصاء
حتى يقول له : أوص عني على الأصح ، فإن أوصى عن نفسه لم
يصح على الأصح كما ذكره في العزيز والروضة .

الثاني : قوله : على الطفل ، لا يختص بالطفل ، بل كل من له
عليه ولاية من مجنون وسفيه ، كذلك .

الثالث : قوله : في تصرف مالي ، مُقتضاه وهو ما ذكره الشارحون
أنه لا يُجزى للمتصرف أن يقول في أمر أطفال حتى يصرح بذكر
المال .

الرابع : قوله : والمطلق للحفظ ، وكأنه أراد المطلق في أمر الأطفال
دون التصريح بأن يتصرف في المال ، وهو وجه ، وقد بينا أن الأصح
خلافه ، والمطلق على الحقيقة قوله أنت وصية وهو لاغٍ كما نصوا
عليه .

(١) ح « صح إيصاء الحر لقضاء الديون وتنفيذ الوصايا والولي والوصي بإذنه على الطفل لا حياة الجد مؤقتاً ومطلقاً
ورإشارة إن اعتقل لسانه بتصرف مالي مباح والمطلق للحفظ » .

وقوله : (إلى كاف^(١) أهل شهادة عليه ، لَدَى مَوْتِ مُوصٍ ولو أعمى ، وإلى ذى من ذى ، وأم^{*} أولى) .

أى : يصح الإيصاء إلى كاف غير عاجز عنه لسفه وهرم ونحوه ، وأن يكون مكلفاً ويشترط أن يكون حراً ، لا رِقَّ فيه مسلماً إن كان الموصى مسلماً وأن يكون عدلاً فلا يصح إلى صبي وفاسق ولا من لا مروءة له ، وألا يكون عدواً للطفل وذلك يجمعه كاف أهل شهادة عليه ، ولا يضر كون الوصى أعمى على الأصح ، وهذه الشروط تعتبر عند موت الموصى على الأصح ؛ فعلى هذا لو أوصى إلى غير كامل فأكمل عند الموت صح الإيصاء ، ويصح الإيصاء من ذى إلى ذى إذا كان عدلاً في دينه ، وأما إيصاء الذمى إلى المسلم بطفله ، فصحيح داخل في قوله أهل شهادة عليه ، فتقديره صح إيصاء أهل شهادة عليه ، وإلى ذى من ذى ، وإذا وجدت شروط الإيصاء في الأم فهي أولى للشفقة .

وقوله : (وإلى اثنين ، فلتعاون^(٢)) ، فيُفَوَّضُ بمن مات ، لا إن نهى ، وكذا بمن رَدَّ ، لا إن رَتَّبَ والقابل غير مضموم) .

أى : إذا أوصى لاثنتين نظرت ، فإن قال : كل منكما وصى لى ، أو أوصيت إليكما ، أو إلى كل منكما ، ونحوه مما يفهم معناه

(١) إشارة إلى شروط الموصى له وهو أن يكون كافياً أى غير عاجز مسلماً حراً إلخ .
(٢) منهما أى محمول عليه فلا يستقل أحدهما ، يتصرف وإلا ضمن حتى ما أنفقته على نحو الطفل ، بل لا بد من اجتماعهما فيه بأن يصدر عن رأيهما نعم لاضمان برد عين لمستحقها ، وتنفيذ وصية معينة ، وقضاء دين في التركة جنسه ، وكذا لا إثم إن أذن صاحب الحق في وضع يد عليه ، ولم يتضمن ذلك تصرفاً في ملك الموصى بنحو فتح باب وحل وكلاء وإلا حرم كما يحثه ابن الرقمة ، ولو كان أحدهما مشرفاً لم يتصرف الآخر إلا بإذنه / ف .

بمقتضاه الاستقلال كما لو صرح بشرط الاجتماع ، حتى لو انفرد أحدهما بالتصرف أو الإنفاق على الطفل ضمن ، وليس المراد من اجتماعها بلفظهما بالعقود مُقابل المراد صدورهما عن أيهما فيباشر أحدهما بمباشرة الآخر ، أو يأذنا لثالث وإن مات أحدهما نَصَّبَ الحاكم مكانه آخر ، سواء كانت الوصية إليهما معاً ، كأوصيت إليكما ، أو مرتبة بأن أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو فإنهما يشتركان ولا ينعزل زيد إلا إن قال : الذى أوصيت به إلى زيد أوصيت به إلى عمرو ، فإن قبل الوصية واحد ورد آخر نظرت ، فإن كان فى الوصاية التى شرط فيها الاجتماع ، أو فى التى حكمها كحكمها وهو قوله : أوصيت إليكما ، فإنه يجب أن يُنصَّبَ الحاكم غيره ، وإن كان فى الوصية المرتبة فلمن قبل منهما الاستقلال إذا رد الآخر ، وإن قبلا معاً لم يستقل واحد منهما ، هذا إذا قال : أوصيت إلى زيد ، ثم قال : أوصيت إلى عمرو ، وأما إن قال ضمت عمراً إلى زيد ولم يقبل إلا عمرو فإنه لا يستقل ، لأنه جعله إلى غيره ولم يفرد به بالوصاية بخلاف ما لو قبل زيد وحده فإنه يستقل ، وقوله فى الحاوى^(١) : أو إلى اثنين فلتعاون إلى آخر قوله ، لا إن شرط استقلالاً حينئذ ، فيه أمور :

أحدها : أنه يرد عليه عدو الطفل فإن الشروط التى ذكرها قد توجد فيه ، وهو لا يصح الإيصاء إليه .

الثانى : أنه لم يذكر الصيغة التى تقتضى استقلال كل من الوصيين

(١) وفى «إلى اثنين ولو بالترتيب وقبلًا لتعاون كالوكالة ونصب بدل من مات لا إن شرط استقلالاً حينئذ» .

بالتصرف فإن قيل يُؤحد من قوله : لا إن شرط استقلالاً حينئذٍ ، قلنا لا يخفى مراده بحينئذٍ حيث موت الموصي الآخر لا حجة فيه .

الثالث : قوله : وإن قبل واحد^(١) انفراد ، نعم ، ما إذا أوصى إليهما معاً وما إذا رتب ، كما يقتضيه لفظه من تسويته للحكم فيها وليس كذلك بل هو مخصوص بما إذا كانت الوصية للترتيب وما إذا أوصى إليهما معاً وقبل أحدهما دون الآخر ، فإنه يُنصبُ معه ثانٍ ، كما إذا مات أحدهما ، ذكره في العزيز والروضة : أنه الصحيح .

وقوله : (وإن اختلفا في مصرف ، فالقاضي ، أو في حفظ قِيمٍ ، ونحو كلِّ وصيٍّ لاستقلال) .

أى : إذا اختلف الوصيان حيث يشترط اجتماعهما في تعيين من يصرف إليه من الفقراء وغيرهم ، عين القاضي من يراه ، ولا ينزلان بالاختلاف ، وإن اختلفا في حفظ المال قسم الحاكم بينهما لأنه إذا كان في يدهما كان في يد كل النصف فجاز أن يعنى ذلك النصف ، ويجتمعا على التصرف في الجميع ، وإن كانا مستقلين ، تصرف كل في الجميع ، وإن اختلفا في التصرف والحفظ لما لا ينقسم ولم يرضيا بثالث أمرهما الحاكم بما فيه المصلحة ، وإن امتنع أحدهما أقام الحاكم آخر مكانه ، وإن امتنعا أقام اثنين مقامهما حتى يتفقا على العمل بالمصلحة .

(١) ح « وإن قبل واحد انفراد لا إن قال ضمت وقبل الثاني » .

(وقوله : وَصَّدَّقْ فِي إِنْفَاقٍ وَنَبِي خِيَانَةٍ ، لَا فِي مُدَّةٍ وَرَدَّ مَالٌ ،
وَلَا وَصِي فِي بَيْعٍ وَتَرَكَ شُفْعَةً لَغَبْطَةٍ) .

أى : إذا اختلف الوصى هو والطفل بعد البلوغ في الإنفاق ، كأن قال :
ما أنفقت على شيئاً ، أو قال : أنفقت كذا ، فقال : بل أكثر ، صدق الوصى
بيمينه ، وإن اختلفا في مدة الإنفاق ، فذكر الوصى أو الولي زمناً ،
وادعى المولى عليه دونه ، أو قال : رددت إليك المال ، فالقول قول
المولى عليه مع يمينه ، سواء كان المنازع أباً أو وصياً . وقال الأذرعى
في آخر باب الوصية إن المفهوم من كلام الشيخين قول الأب والجد
في الرد ، وصرح غيرهما بأنهما كالوصى في ذلك ، ومن صرح به
الإمام والغزالي في الوسيط وقال إنه الظاهر ، ونقل في المهمات
عن ابن الرفعة الجزم بذلك وهو مقتضى ما ذكره الشيخ^(١) في باب
الحجر في التنبيه ، وأما إذا ادعى الأب بيع ماله وترك الشفعة للغبطة
والمصلحة فإنه يصدق الأب ، وأما الوصى فلا يقبل قوله في ذلك
وقوله في الحاوى^(٢) : في المصرف والحفظ بولاية القاضى ، والقول
قوله في قدر النفقة والخيانة لا في موت الأب ورد المال ، فيه أمور :

(١) الشيخ أبى إسحاق إبراهيم بن عل الفقيه الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦ ست وسبعين وأربعائة صاحب (التنبيه)
في فروع الشافعية وهو أحد الكتب الخمسة المشهورة المتداولة بين الشافعية وأشهرها تداولاً ، كما صرح به النووى
في تهذيبه أخذه من تعليقه الشيخ أبى حامد المروزى وله شروح كثيرة منها شرح الإمام النووى وهو شرح غريب
سماه « التحرير » وشرح الأسنوى سماه « تذكرة التنبيه » وشرح الإمام أبى حفص عمر بن الملتن الشافعى المتوفى سنة
٨٠٤ هـ وهو كبير سماء « الكفاية » ج ١ / ١٩٧ كشف الظنون .

(٢) وفى ح « وإن اختلفا في المصرف أو الحفظ تولاه القاضى ، وإن قبل واحد انفرد لا إن قال ضمنت
وقبل الثانى ، والقول له في قدر النفقة والخيانة لا في موت الأب ورد المال » .

أحدهما : قوله : وإن اختلفا في الحفظ بولاية القاضي ليس على إطلاقه بل تقسم إن كان مما ينقسم .

الثاني : قوله في الخيانة ، ما أراد : في نفي الخيانة .

الثالث : أن قوله في الخيانة ، يقتضي قبول قول الوصي إذا ادعى بيع العقار يجوز يقبل قوله ، وليس كذلك بل القول في ذلك قول الصبي .

الرابع : قوله لا في موت الأب ، لو قال في المدة لكان أعم ليشمل الوصي ، والقيم ، والممتق من الوصي قبله ، والأب إذا اختلف هو والولد في أول مدة ملكه للمال الذي أنفق عليه منه .

الوديعة

وقوله : (باب الإيداع^(١)) توكيل لحفظ مال) .

(١) في الوديعة يقال للإيداع وللمين المودعة ، وهي المال والاختصاص ، ككلب ينتفع به وخر محترمة ، ونحو حبة بر ، فيصح إيداعه ، ويجب حفظه ورده ، وإن لم يضمن بالإتلاف ، من ودع يدع إذا سكن لسكنها عند الوديع أو من الدعة أي الراحة لأنها في راحته ، أي مرعاته ، ويندب قبولها لأمين قادر بل يلزمه إن لم يجد غيره ولا ضرر عليه فيه لكن لا مجانا بل بأجرة لحفظه وحرزه ، وقد تؤخذ الأجرة على الواجب كتعليم الغائبة ، وسق اللبأ ، فإن تعدد القادرون ، قال الزركشي كالأزرعى تعينت على من عرضت عليه منهم ، كأداء الشهادة ويحرم على عاجز إلا أن علم المالك حاله ، على الأوجه ، كما بيته في الأصل ، ومع الحرمة يصح الإيداع فلا يضمن ، نعم إن كان المودع وكيلًا أو وليًا ضمنها الآخذ ، ويكره لمن لم يثق بأمانة نفسه إلا أن علم المالك حاله ، تم / ف . والإيداع لغة وضع الشيء عند غير صاحبه ، وشرعاً توكيل من المالك أو نائبه لآخر لحفظ مال أو اختصاص ، فخرج بتوكيل اللفظة والأمانة الشرعية ، لأن الائتمان فيهما من جهة الشرع ، ويتفرع على كونه توكيلاً أن الإيداع عقد قوله الوديعة وديعة والأصل فيها الكتاب والسنة قال تعالى « فليؤد الذي أؤتمن أمانته » آية ٢٨٣ من سورة البقرة ، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي وقال حسن غريب وقال الحاكم أنه على شرط مسلم ص ٢٩٦ ج ٥ نيل الأوطار ، وفي الصحيحين من رواية أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : « آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان » وفي رواية مسلم « وإن صلى وصام وزعم أنه مسلم » ص ١٤٩ ج ٣ بلوغ المرام . ولا خفاء في أن الحاجة داعية إليها بل الضرورة داعية للإيداع ، وأركانها بمعنى الإيداع أربعة : (١) وديعة تعني العين المودعة (٢) وصيغة (٣) ومودع (٤) ووديع ، وأحكام الوديعة ثلاثة : (١) الأول الأمانة (٢) والحكم الثاني الرد (٣) والحكم الثالث الجواز ، وقد ذكر المؤلف شرط كل من المودع والوديع والصيغة والعين المودعة / م .

أى : فيعتبر في العاقلين ما يعتبر في الموكل والوكيل من التكليف ، وجواز التصرف ، وهو عقد لا إذن على الصحيح ، فوكد الوديعة وديعة كأمره ، ويشترط الصيغة كما في الوكالة ، بالإيجاب من المودع بالقول ، والقبول إما قولاً وإما فعلاً كأودعتك واستنبتك في حفظه وما في معناه مما يدل على التوكيل في الحفظ ، ونقل الرافعى عن الرويانى في جواز التعليق كأودعتك إذا جاء رأس الشهر ، وقال القياس يخرججه على الخلاف في الوكالة ، صحيح ، قال في المهمات : وما ذكره الرافعى من تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة فيه إلباس ، لأن تصرف الوكيل صحيح في الوكالة المعلقة ، ويسقط المسمى وتجب أجره المثل ، والوديعة لا عوض فيها ، وحفظها نظير تصرف الوكيل ، فيفطن ، وهذا ظاهر ، ولو قال : أريد أن أودعك ثم أتى بالمال ، فوضعه فقبضه من إيجاب ضمنه ، ولو أودعه فلم يقبل لم يضمن بتركه عنده ، فإن تركه ضائعاً ، وقام لم يضمن وأثم ، ولو أودعه فقال : ضعه كان إيداعاً كما لو قبضه وتبطل بالموت ، والجنون ، والإغماء .

وقوله : (فيضمن بسفر لم يودع فيه ، وموت إن تيسر رد لمالك ، فإن تعسر فقاض ، ثم عدل ، أو إيضاء مميز من الميت إليهما) .

أى : الوديعة إنما تُضمن بأسباب ، منها السفر بالمال المودع في دار الإقامة ، وإن أودعه إياه في السفر ، فسافر به لم يضمن ، فإن رجع إلى الوطن ثم سافر به ففيه احتمالان للإمام ، نقلهما القمولى ، والظاهر أنه يضمن لأن المودع في السفر ، إنما يقصد حمله إلى الوطن والتقصير

في الرد، فعليه ردها إلى المالك ، أو وكيله عند السفر ، فإن فُقدَ
فالقاضي ، فإن فقد وضعها عند عدلٍ ، فإن لم يجده سافر بها ولا ضمان
على الأصح ، وإذا ترك الترتيب فسلمها إلى عدل - والقاضي حاضر -
ضمنها ، وكذلك يضمن الوديعة في مال الميت إذا قصر ، بأن مرض
أو حبس لقتل ، وأمكنه الرد على المالك أو وكيله فلم يفعل ، وإن لم
يمكنه لزمه أن يسلمها إلى القاضي ، أو يوصيه بإيصالها إلى مالكها
ويحضرها ليشاهدها أو يصفها وصفاً يميزها عن غيرها ، فإن فقد القاضي
سلمها إلى عدل أو أوصى إليه كذلك ، فإن تعسر الرد على المالك
والإيصاء حتى مات ، أو أمكن الإيصاء فأوصى بها موصوفة ، ثم بعد
ذلك فقدت من التركة ، لم يجب ضمانها في تركته لعدم تقصيره ،
وكذا من مات فجأةً لأنه غير مقصر ، فإن قال عندي لفلان ثوب
ولم يصفه كان مقصراً ، فلو وجد في التركة ثوب واحد فالأصح أنه
لا يتعين للمودع ، بل يجب في التركة قيمته لتقصيره ، وقوله في
الحاوي^(١) : فيضمن إن سافر بما لم يودع فيه إلى قوله لا إن أوصى
ففقد ، فيه أمور :

أحدها : فوله فيضمن الوديعة ، إن سافر بما لم يودع فيه ،
الضمير عائد إلى المصدر وهو السفر ، فيقتضي أن لا يختص عدم الضمان
سفره الذي هو ، بخلاف قوله بسفر لم يودع فيه ، فإنه صريح في
اختصاصه بالسفر الذي هو فيه .

(١) وفي ح « فيضمن إن سافر بما لم يودع فيه ووجد المالك ثم القاضي ثم عدلا كأن مات لا فجأة بلا إيصاء ميز إلى
عدل لا إن أوصى ففقد »

الثانى : قوله : كَأَنَّ مات لا فجأةً بلا إيصاء مميز ، فأقول قد علمت أَنَّ الجمهور أوجبوا على المريض رَدَّ الوديعة إلى المالك ، فإن عجز فألى الحاكم أو يوصى بها إليه ، فإن عجز فألى عدل ، أو يوصى بها إليه وأن صاحب التهذيب قال : تكفيه الوصية إلى عدل مطلقاً ، قال القونوى ، قد يوهم إطلاق المصنف موافقة صاحب التهذيب لكن المصنف فى قوله : كَأَنَّ مات ، ربما أشعر اعتبار المنقول عن المهجور إشعاراً قوياً انتهى . قلت ، لا إشعار فيه فإن كلام الجمهور وما بينا من أن التخيير بين التسليم إلى القاضى والإيصاء إليه ، ثم بين التسليم إلى القاضى والإيصاء ، ثم بين التسليم إلى عدل والإيصاء إليه وهو غير ما يوهمه من التشبيه [بحكم من ^(١)] أراد السفر فإنه لم يُسَوِّ بين الإيصاء إلى القاضى والعدل والتسليم ^(٢) [إليهما] .

الثالث : قوله : لا إن أوصى ففقد ، صوابه : لا إن عجز عن الرَّد إلى المالك ، ثم فقد هذا الذى يقتضيه كلام الجمهور ، فعلمت من هذا أنه موافق لصاحب التهذيب ، وهذا كالمستغنى عنه ، فإن تخصيص الضمان لمن ترك الرد ، والإيصاء كالمصرح بإسقاطه عن الموصى بعد العجز عن الرد .

وقوله : (وَبِنَقْلِ مِنْ حِرْزٍ ، لِدُونِهِ ، لا فى دارها ، ومن معين لدونه ، أو هلكت به ، وبكل إن نُهيَ لا لخوف) .

(١) سقطت هذه الكلمة [بحكم من] من (أ) مع وجودها فى (ب) .

(٢) [إليهما] ساقط من (أ) وموجود فى (ب) .

أى : وتضمن الوديعة بأسباب منها ماسبق ، ومنها أن ينهأ عن نقلها سواء كان المنقول إليه أحرز أم لا ، للمخالفة من غير ضرورة ، فإن ألجأت ضرورة كحريق ونهب وغلبة لصوص ، ونقل إلى حرز فلا ضمان له على الأصح ، بل لو ترك النقل فى هذه الحالة ضمن إلا إذا قال : لا تنقل وإن حدث شئ من هذه الأحوال المذكورة ، ومنها أن ينقل إلى حرز مثله من غير نهى فلا ضمان ، وإن نقل إلى حرز دونه ولكنهما فى دار واحدة فلا ضمان أيضاً ، إلا إذا كان قد عين الحرز فإنه يضمن ، إلا إذا هلك بسبب المخالفة كأن انهدم عليه الدار المنقول إليها ، وكذا إن سرق على الأصح . وقوله فى الحاوى : أو ينهى لا لضرورة ، غارة أو حريق ، أو إلى حرز دونه ، أو هلك به ؛ فيه ، أمران :

أحدهما : قوله : أو إلى حرز دونه ، ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا عين حرزاً وأمره أن يضعها فيه ، فإنه يضمن مطلقاً سواء اتحد الدار أم لا .

الثانى : قوله : أو هلك به يعنى إذا نقل إلى حرز مثله أو أعلى منه ، فهلك به بأن انهدم أو نحوه ضمن . وهذا أيضاً إذا كان قد عين له الحرز ، أو أمره ، أما إذا لم يأمره بأن أودعه إياه فى بلد ثم وضعه فيه فى حرز ثم نقله منه إلى حرز مثله ، لم يضمن لعدم المخالفة . وهذه لم يذكرها فى الإرشاد هنا لأنها متكررة فهى تجىء قريباً .

وقوله : (وبترك علف ، لا بأمره ، وأثم ، ونشر ولبس لصوف)

أى : إذا أودعه دابة فعليه القيام بعلفها وسقيها ، سواء أمر بذلك أو سكت عنه لأنه التزم حفظها ، فإن ترك علفها ، مدة لاتعيش مثلها فيها فهلكت ضمنها ، وليس علفها واجباً عليه من ماله ، بل من مال مالِكها من مراجعة الحاكم ، كما فى هرب الجمال ، فإن نهاه عن علفها فتركه عصي ، ولم يضمن ، كما لو قال اقتل دابتي فقتلها ، نعم إن كان بدابته علة فنهاه عن علفها فعلفها قبل زوال الداء ، فهلكت ضمن ، وإن أودعه شيئاً من ثياب الصوف والخز والبسط وخيف عليه العث^(١) ، وكان نشرها للريح والشمس كافياً لزمه ، وإن لم يكفه إلا اللبس وإلا الاستعمال ، لزمه ذلك ، فإن لم يفعل ففسدت ضمن ، نعم ، إن نهاه المالك لم يضمن وكُره إهمالها .

وقوله : (وبأخذ لا بنية لانتفاعٍ ، فإن خلط بدله ، لا عينه واشتبه فكلاً كباقي مُتَّصِلٍ أتلفه عمداً) .

أى : ويضمن الوديع ما يأخذه من الوديعة بنية الانتفاع ، سواء انتفع به أو ردّه مكانه ، لا يسقط عنه ضمانه برده إلى مكانه ، فإن نوى أن لا يرده أو الأخذ للانتفاع فى أثناء الوديعة لم يضمن ، أو نوى حال أخذها من صاحبها ضمن ، لأن النية قارنت الأخذ ، فإن كانت الوديعة دراهم فأخذ منها درهماً ضمنه وحده ، إن لم يفض ختماً أو يكسر قفلاً ، فإن فعل ذلك ضمن الجميع ، وإن نقله ورد بدله ، نظرت ؛ فإن اختلط بها ولم يتميز ضمن الجميع ، وإن تميز بعلامة أو كان

(١) العث : السوس الواحدة عثة ويجمع على عياث أيضاً ويقال العثة الأرضة وهى دويبة تأكل الصوف والأديم وعت السوس الصوف عثاً أكله ، المصباح المنير / م .

المردود الدراهم بعينها لم يضمن الباقي ، وكذلك إذا أُتلف جزءاً متصلاً من عين ضمنه وضمن باقي العين حتى لو قطع يدا العبد عمداً فسرت منه ضمنه كله ، وإن قطعها خطأ لم يضمن إلا ما أُتلف لأنه غير متعد .

وقوله : (وبِفَضِّ خَتْمٍ ، لا ركوب جَمُوحٍ) .

أى : ويضمن الوديعة المختوم أو المُقْفَل عليها بفض الختم وفتح القفل على الأصح ، لتعديه ، ولا يضمن الدابة الجموح إذا ركبها الوديع لسقيها أو ليوصلها المكان المأذون فيه ، والجموح التى لا يمكن قودها إلا بعسر . وقد أهمل فى الحاوى مسألة فض الختم .

وقوله : (وبِمَخَالَفَةٍ ، تلف بها ، كلا ترقد فوقه ، فرقد وسُرِقَ بصحراء من حيث مَرَقَدِهِ ، قَبْلُ) .

أى : ويضمن المخالفة فى الحفظ ، فإذا أمره بحفظ الوديعة على كيفية فعُدل عنها إلى غيرها ، فإن تلف بسبب عدوله ضمن وإلا فلا ، وإليه الإشارة بقوله : وبِمَخَالَفَةٍ تلف بها ، فإذا أودعه مالا فى صندوق مثلاً وقال : لا ترقد عليه ، فرقد عليه فسرق من حيث الصندوق الذى كان مرقده لو لم يرقد فوقه ، فإنه يضمن ، كما إذا انكسر الصندوق بنقله ، ولو سرق من جانب لا يكون مرقده لم يضمن ، وكل هذا إلا إذا كان الصندوق فى الصحراء ، فأما إذا كان فى حرز فلا يضمن على الأصح إذا سرق ، لأنه لم يتلف بسبب المخالفة بل زاد إحرازاً

بالرقاد عليه وكذا لو قال لا تنقل الوديعة فنقلها إلى حرز كالأول
لم يضمن ، إلا إذا أُتلفت بسبب النقل ، كأنهدام عليها للبيت ، أو سُْرِقَتْ
منه .

وقوله : (أو اربط في كمك فأخذه بيده ، أو ربط داخلها
فضاع ، أو خارجاً فطُرَّ ، لا بالعكس ، ضمنَ لا إن غضب^(١)) .

أى : ومن المخالفة المضمَّنة ، ما إذا أودعه دراهم ونحوها وقال
اربطها في كمك فأخذها بيده ، فإن ضاعت من يده بالسقوط لنوم
أو ذهول ، فإنه يضمن بحصول التلف بالمخالفة ، إذ لو كانت مربوطة
ماضعت بذلك ، فإن غُصِبَتْ في هذه الصورة لم يضمنها ؛ لأنَّ اليد
بالنسبة إلى الغصب أحرز من الربط ، ولو ربطها في كمه وقد أمر
بالربط فيه لم يلزم إمساكها باليد ، لكن إذا جعل الخيط خارج
الكمِّ فأخذها طراراً^(٢) ضمن فيه ؛ لأنَّ فيه إظهاراً وتسهيلاً لقطعها
على اللص ، وإن ضاعت لم يضمن لأنها إذا انحلت بقيت في الكم ،
وإن جعل الرباط من داخل وضاعت ضمن ؛ لأنَّ بالانحلال تتناثر
الدراهم إلى الأرض ، فإن طُرَّت لم يضمن ، وهذا معنى قوله لا بالعكس .
هذا ما نقله الأصحاب ، واستشكل من حيث إنه أمر بالربط ولا يمكنه
الربط في الكم إلا داخلياً أو خارجاً وكل منهما مضمن في صورته على

(١) ظاهره رجوعه إلى كل من الصور الثلاث ، وهو متجه لأن اليد أحرز من الربط ، بالنسبة للغصب ،
وهنا في الأصل بسط يتعلق بعبارة المصنف فراجع ، وكل من التكة والجيب الضيق أو الواسع المزورور سواء الذى
بجانب الطوق أو المتعارف ، لكن إن زر أوتر بفوقانى فيما يظهر أحرز من الكم فيقومان مقامه ولا عكس / ف .
(٢) الطرار هو الذى يقطع التفقات ويأخذها على غفلة من أهلها .

ما قالوا فكيف يضمن وقد فعل ما أمر ؟ قال الرافعي : وقضية هذا أن يقال : إذا قال : احفظ الوديعة في هذا البيت فوضعها في زاوية منه ، فإن هدمت عليها أنه يضمن لأنه لو كانت في زاوية أخرى لسَلِمْتُ ، وقال : ومعلوم أن هذا بعيد .

وقوله : (وبتضييع ، كأن وضع بدون حرزها أو نسي ، أو دل ظالماً^(١) ، أو أكرهه فسَلَّمَ^(٢) ويرجع عليه ، ووجب جحد وجاز حلف ويكفر) .

أى : ويضمن وديعته إذا ضيَّعها ، لأن عليه حفظها ، ومن التضييع أن يضعها في حرز ليس حرزاً مثلها ، أو يؤخر إحرازها وقد تمكن منه ، وكذلك إذا نسي الوديعة فتلفت ضمن ، لأن التضييع كالإتلاف يستوى فيه الناسى وغيره ، وكذلك إذا دل على وديعته من يأخذها بغير حق كالمصادر وسارق لم يضمن ، ولا يضمن في دلالة السارق إلا إذا عيَّن له مكانها وإن أكرهه الظالم على تسليمها فسَلَّمها إليه ضمن أيضاً على الأصح بخلاف ما إذا أخذها بيده أو دله مكرهاً . قاله الماوردي : ثم القرار على الظالم في حالتي الإكراه والدلالة ؛ لأن البذيع إذا دل الظالم عليها صار خائناً ضامناً له حكم الغاصب ، يرجع على المتلف ثم على البذيع إن يجحد الوديعة على

(١) كسارق أو مصادر ، وعين له محلها ، فصاعت بذلك ، وإن أكره حتى دله على المعتد ، لالتزامه الحفظ ، بخلاف ما لو ضاعت بغير ذلك أو لم يعين موضعها ، نعم إن قال لا تخبر بها فأخبر بها ، فسرقتها بخبره أو غير خبره ضمن ، وإن لم يعين المحل للمخالفة / ف .

(٢) أما إذا لم يسلمها فلا يكون طريقاً في الضمان / ف .

الظالم فإن حَلَفَهُ جاز أَنْ يَحْلِفَ إِنْ شاء . وَيُكْفَرُ ، وَإِنْ يَبْذُلَهُ وَيَغْرُمُ .
وقال بعض الشارحين : قول الأصحاب وجاز أَنْ يحلف ، مقتضاه الوجوب
كما قالوا : يجوز للمضطر أكل الميتة ، والأكل واجب وليس في
تصحيح الوجوب في الوديعة ، لأنَّ الأصحاب قد صرَّحُوا بأنَّه لو حَلَفَهُ
أنَّه بالعتاق مخير بين أَنْ يدلَّ عليها ويغرم ، وأنَّ يحلف ويعتق عليه
العبد ، وكذا ينبغي أَنْ يخير بين أَنْ يدلَّ ويغرم ، وبين أَنْ يحلف
ويكفر عن ماله ، وكيف يوجب على مَنْ أودع درهماً أَنْ يحلف ويكفر
عن يمينه بدراهم ، فَإِنْ سَأَلَهُ الظالم عن مسلم ليقتله وجب أَنْ يحلف
وإنَّ كانت اليمين بالطلاق طلقت زوجته ، وإنَّ كان قادراً على دفع
الظالم عن الوديعة وجب ، فَإِنْ قصر ضمن ، لأنَّه التزم حفظها
وقوله في الحاوي^(١) : « أَوْ سَلَّمَ مَكْرَهًا : والقرار على الظالم ، ويخفى
عليه ، ويحلف كاذباً ويكفر ، فيه أمور :

أحدهما : قوله : والقرار على الظالم ، الذي فهمه الشارحون ونصوا
عليه أَنْ المراد بالظالم هنا المكره الذي سلم ذلك لا يختص بحالة الإكراه
بل القرار عليه سواء سلمها إليه أَوْ دَلَّ عليها فأخذها أَوْ سرقها
وقد أوضحناه قبلها .

الثاني : قوله : ويخفى عليه ويحلف ، جعلهما سواء في الحكم وليس
كذلك فَإِنْ الإخفاء واجب والحلف جائز كما أوضحناه قبلها .

(١) وفي ح « أَوْ سَلَّمَ مَكْرَهًا والقرار على الظالم ويخفى عنه ويحلف كاذباً وكفر » .

الثالث : كاذباً زيادة بيان لا حاجة إليه ، ففي قوله : ويحلف مع قوله ويخفى ويكفر ما نفى عنه .

وقوله : (وبتأخير ، بلا عذر ، إعلام قابض أذن له ، وذى ثوب وقع فى داره ، وتخليته إن طلب) .

أى : ويضمن الوديع بتأخير طلب إعلام من أمره المالك بردها إليه ؛ لأنه لما أمر بتسليمها تنعزل الأمانة الشرعية ، كإمانة من ألفت الريح ثوباً فى داره ، فإنه تجب المبادرة إلى إعلام مالكة حين يعرفه ، وكذلك يجب عليه أن يخلى بين الوكيل وبين الوديعة إذا طلبها ، كما يجب ذلك بطلب المالك ، ولا يجب عليه مؤنة الرد إلى واحد منهما ، وكذلك صاحب الثوب لا يستحق بعد الإعلام إلا التخلية بينه وبين ثوبه ، إنما تجب المبادرة حيث لا عذر ، فإن كان عذر فإن دخل وقت الصلاة والوديعة بعيدة عن مجلسه ، فإنه يبدأ بالوضوء والصلاة ، وكذلك يبدأ بقضاء الحاجة والتطهير ، فإذا كان فى نحو حمام أو ملازم للغريم يخاف هربه ، أو كان ليلاً أو فى مطر فلا يلزمه الإعلام قبل إتمام ما هو فيه ، ولا التخلية ، نعم إذا جاءه ليلاً وهى قريبة منه لزمته التخلية ، وإن كانت فى خزانة يعسر فتحها ليلاً أمهل إلى الصباح ولم يضمن . وقوله فى الحاوى : أو طلب فأخّر التخلية لا لإتمام غرض فيه ، أو قال ردّ على وكيله فتمكن ولم يرد ، فيه أمور :

أحدها : قوله : لا لإتمام غرض ، مقتضاه أنه لا يعذر فى إنشاء

غرض ، ولاشك أنه إذا أراد قضاء حاجة الإنسان بدأ بها وتطهر ،
وإذا دخل وقت الصلاة ، والوديعة بعيدة عن مجلسه ، أنه يشرع
في الصلاة .

الثانى : أنه عَمَّ الأغراض ، وليس كُلُّ غرض يشرع فيه الوديع ،
يعذر في إتمامه ، وإنما ذلك في أشياء مخصوصة .

الثالث : أوجب على الوديع التخلية للمالك والرد على الوكيل ،
وعلى من أَلْقَت الرِّيح ثوباً في داره ، ولا يجب في الجميع إلا
التخلية ، لكن يجب إعلام الوكيل بالرد وصاحب الثوب ، ثم إن
طالباً لزمه التخلية .

وقوله : (وَبِجَحْدِ مَالِكٍ طَلَبَ ، وَتُقْبَلُ بَيِّنَةٌ بَرْدَهُ ، لَا يَمِينُهُ
إِنْ جَحَدَ أَصْلَ إِيدَاعٍ ^(١)) .

أى ويضمن الوديع إذا طالبه المالك بالوديعة فجحده إياها ،
وكذا إن سأله عنها ولم يطلبها على الأصح ، أما إذا سأله غير المالك
فجحده لم يضمن وإن كان المالك حاضراً ، لأن ذلك زيادة في حفظها
فإذا جحد الإيداع فأقام المالك بيئته ، أو أقر وادعى الرد عليه أو التلف
لم يصدق . لكن إن أقام بيئته سمعت على الأصح ، لاحتمال أنه نسي
ثم تذكر أما إذا كان جحوده لا ينافي ذلك ، بأن قال : لا يلزمنى

(١) كلاتودعى لتناقض كلامية ، وظهور خيانتها ، لكن له طلب تحليف المالك ، فإن لم ينكر أصله كلا وديعة لك
عندى حلف على الرد إذ لا تناقض ، مالم يمتنع يوم الجحد ببقائها وقته ، فلا يصدق في دعوى الرد ، إلا بيمينه ،
ويصدق بيمينه في أن التلف وقع بعد الجحد مطلقاً ، ثم يفرم البدل لخيانته / ف .

تسليم شئ إليك ونحوه ، فإنه يصدق بيمينه ، وإن شهدت إليه البينة بعد جحوده ضمن لأنها تلفت ، وقد صار خائناً ضامناً .

وقوله : (وبأخذ من صبي وسفيه لا حِسبة ، وهما بإتلافٍ وديعةٍ لا مبيعٍ رشيدٍ وقرضه) .

أى ويضمن بأخذ الوديعة من الصبي والسفيه لتقصيره بالأخذ من ليس أهلاً بالإيداع إلا إن أخذها حِسبة خوف التلف عليها تحت يده فلا يضمن على الأصح . كمُحَرَّمٍ أخذ صيداً من جارحة لتعهده فتلف لا يضمن على الأصح ثم الصبي والسفيه إذا استودعهما مالا وأتلفاه ضمناً ، لأن المالك لم يسلطهما إلا على الحفظ ، بخلاف ما إذا اقترضا أو اشتريا من رشيد لم يضمن ، لأن المالك سلطهما على الإتلاف بالتملك ، أما إذا كان البائع والمقترض غير رشيد فإنه يضمن ، وهى واردة فى الحاوى : وأما ما تلف بأقّة سهاوية فلا يضمنه مودعاً كان أو ممتلكاً .

الفىء

وقوله : (باب (١) يُخَمَّسُ فِى^(٢)) حَصَلَ مِنْ كُفَّارٍ ، وَغَلَّةَ مَا وَقَفَ

(١) فى قسم الفىء والغنيمة ، والمشهور تغايرهما ، وقيل هما كالفقير والمسكين ، (بقصد إذا اجتماعا وافتراقا وإذا افتراقا اجتماعا) وقيل الفىء يشملهما ولا عكس ، وهى فيلة بمعنى مفعولة ، من النّم وهو الريح ، ولم تحل الغنائم لأحد قبل الإسلام ، بل كانت ، الأنبياء صلوات الله تعالى عليهم ، إذا غنموا مالا جمعه ، فتأتى نار من السماء تأخذه ثم أحلت للنبي صل الله عليه وسلم ، وكانت فى صدر الإسلام له خاصة ، لأنه للمقاتلين كلهم نصرة وشجاعة بل أعظم ثم نسخ ذلك واستقر الأمر على ما يأتى / ف .

(٢) يقسم خمسة أقسام للآية السابقة من فاء إذا رجع ثم استعمل فى المال الراجع إلينامن الكفار وحكمة وصفه بالرجوع أن الله تعالى خلق الدنيا وما فيها للمؤمنين للاستعانة على طاعته ، فبايدى الكفار كالمقصوب ، سييله الرد لمالكة والى مال واختصاص / ف .

مِنْهُ ، لمصلحة ، فخمس للمصالح ، وللهاشمى وللمطلبي ، ذَكَرُ كَاتِبَيْنِ
وللّيتيم بفقر ، وللفقير والمساكين ، ولأبن السبيل) .

أى اعلم أن المال الذى يحصل من الكفار ضربان أحدهما : الفىء
وهو ما يحصل بلا إيجاف ولا ركاب ، والثانى الغنيمة : وهو ما يحصل
بإيجاف^(١) ، ويدخل فى الفىء ما انجلى عنه الكفار خوفاً منا ، والجزية
وما صولحوا عنه وعشر تجارتهم ومال مرتد ومال ذمى مات ولا وارث
له . وإذا كان مال الفىء عقاراً واقتضت المصلحة وقفه وجب وقفه
وَحُمِّسَتْ غَلَّتُهُ من جملة الفىء ، وإن اقتضت بيعه أو قسمته الممكنة
فلهم ذلك ، أما سهم المصالح فلا يمكن قسمته فى أهله فيوقف أو
يباع بحسب المصلحة وكذلك سهام الفقراء والمساكين واليتامى وابن
السبيل ؛ لعدم تعيينهم بخلاف المرتزقة وذوى القربى ؛ لأنهم مُعَيَّنُونَ .
هذا هو الأصح من العزيز والروضة ، إلا أن آخر كلامهما كاد ما يناقض
أوله ، ثم الفىء يجعل خمسة أسهم ثم يخمس الخمس فتكون
القسمة من خمسة وعشرين سهماً : منها سهم للمصالح وهو المضاف إلى الله
تعالى ، ورسوله ، فى الآية الشريفة كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم
ينفق منه على نفسه وأهله . ويصرف الفضل فى المصالح ، فيصرف

(١) والمشهور عند الفقهاء أن معنى الغنيمة والنه متغايران ، فالغنيمة شرعاً ما أخذت من الكفار بالقتال
وإيجاف الخيل والركاب - والإيجاف الأعمال - وقبل الإسراع - وأما الفىء شرعاً فهو ما أخذ من الكفار من غير قتال
كالمال الذى تركوه فزاعاً من المسلمين والجزية والخراج والأموال التى يموت عنها من لا وارث له من أهل الذمة ، ونحو ذلك
كالمال المرتد إذا قتل أو مات وعشر تجارتهم ، والأصل فى الغنيمة قوله تعالى « واعلموا أنما غنمتم من شئ فإن لله خمسة » الآية
٤١ من سورة الأنفال . وما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم يوم خيبر وتقسيمه للغنائم والأصل فى النه قوله تعالى « ما آفاه
الله على رسوله من أهل القرى » الآية ٧ من سورة الحشر ، والأحاديث الواردة فى ذلك كثيرة / ف .

بعد موته إليها ، ولم يُورث عنه لقوله صلى الله تعالى عليه وسلم « نحن »^(١) معاشر الأنبياء لا نُورث . ما تركناه صدقة » وسهم لذوى القربى وهم بنو هاشم والمطلب ، وأعاد اللام في قوله وللهاشمى والمطلبى وعطف المطلبى من غير لام تنبيها على أنه يصرف إليهم جميعاً مثل ما يصرف لأنواع المصالح وكذا من عاد معه اللام ، صرف إليه سهم وهو خمس الخمس . واعلم أن بنى هاشم وبنى المطلب وبنى عبد شمس وبنى نوفل ، وكلهم بنو عبد مناف وقد سألت بنو^(٢) عبد شمس وبنو نوفل النبي صلى الله عليه وسلم عن تخصيص بنى عبد المطلب مع استوائهم في القرب فقال : إنما بنو هاشم وبنو المطلب شئ واحد ، وشبك بين أصابعه ولم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام » ، وذلك أنهم خرجوا مع بنى هاشم يوم الصحيفة فلذلك ميزهم النبي صلى الله عليه وسلم ، ويشترك فيه الغنى والفقير والصبي والكبير والقريب والبعيد للذكر مثل حظ الأنثيين كالميراث ، فإن كان الحاصل قدراً لُوْزِعَ عليهم لما سد مسداً ، قُدِّمَ الأَحْوجُّ فالأَحْوجُّ ، فتصير الحاجة معتبرة وإن لم تعتبر في الأصل ثم الانتساب بالآباء فيُدْفَعُ لأولاد البنات شئ ، وسهم لليتامى وهم كل صبي لم يبلغ الحلم مات أبوه وإن بقى جده ، ويشترط في اليتيم أن يكون فقيراً ، لأنه إذا منع لاستغنائه بمال الأب ، فمنعه ، وقد استغنى بمال نفسه أولى ، وسهم للفقراء والمساكين ، وسهم لابن السبيل ،

(١) وما روى عن أبي بكر الصديق حينما جاءته فاطمة الزهراء أنه صلى الله عليه وسلم قال « لانورث ما تركناه صدقة ص ٧٦ - ٦ نيل الأوطار .

(٢) هذا الحديث رواه حبيب بن مطعم قال : مشيت أنا وعثمان بن عفان إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا يارسول الله أعطيت بنى المطلب من خمس خيبر ونحن وهم بمنزلة واحدة - الحديث ص ١٢٠ - ٢ بلوغ المرام .

وهو الخامس وسيأتى الكلام على هؤلاء في الباب الذى بعده ، ويجوز أن يفاضل بين آحاد اليتامى والفقراء وابن السبيل ، لأنهم بقدر الحاجة بخلاف ذوى القربى ، ثم من فقد من هذه الأصناف وُزِع نصيبه للباقيين كما في الزكاة ، وقوله في الحاوى وغلة عقارهم بعد أن وقف قال القونوى : ظاهره الجزم بأنه تعين الوقف ، وليس كذلك بل إن رأى الإمام قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها فله ذلك ، انتهى كلامه . قلت : ويوهم أن غلة العقار ، لا تُخَمَّس حتى يوقف وإن كان لم يرد بذلك .

وقوله : (والباقي وكان^(١) له عليه السلام للمقاتلة ، كُلُّ كفايته ، وزوجاته وولده ، وعبيد حاجته ، وإن عجز ، فإن مات أعطوا بعده حتى تنكح أنثى ، ويستقل ذكر) .

أى والباقي بعد الخمس وهو الأخصاس الأربعة للمقاتلة وكانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، في حياته مضمومة إلى خمس الخمس وهى بعده تصرف إلى المرتزقة المرصدين للجهاد ويعطى كل رجل منهم كفايته وكفاية من في نفقته من ولد صغير وكبير وزوجة من نفقة وكسوة وسائر المؤن ، ويراعى الزمان والمكان ، وما يجرى من رخص وغلاء ، وقدر حال الشخص وطعم البلد ، ويعطيه ما يحتاجه لكفاية زوجاته ، فإن زاد جديدة زاده في البعطاء ، فإن كان ممن يخدم أعطاه كفاية عبد واحد بل يشتري له إذا احتاج إليه ، قال الرافعى :

(١) في حياته مضمومة إلى خمس الخمس أى كان يجوز له أخذ الأخصاس الأربعة لحصول النصرة به ، لكنه لم يأخذ لنفسه إلا خمس الخمس ، كما مر / ف .

وأما عبید الجهاد فیعطیه لهم ، وإن كثروا ، قال النووی : قلت کذا هو منقول وإنما یقتصر فی عبید لخدمة علی واحد إذا حصلت به الکفاية ، وأما من لا یحصل کفایتہ إلا بخدمة العبد فِیُعْطَى لمن یتحتاج إلیه ویختلف باختلاف الشخص ، وإن عجز المقاتل بأن جنَّ أو مرض أو أیس من زوالهما أو هرم ، فالأصح أنه یُعْطَى ، فإذا مات المقاتل أُعْطَى کل من فی نفقته علی الأصح حتی یتزوج الزوجة والبنت ویستقل الذکر ، بأن یتثبت اسمہ فی الدیوان أو یمخرج إلی حرفة أخرى حتی یستقل المجاهدون بالاکتساب لمن بعدهم عن الجهاد ، وقوله فی الحاوی : والباقي للمقاتل قدر حاجته وزوجاته وولده ، وعبدہ وإن مات إلی أن تنکح النساء ، ویستقل البنون ، وقوله فیما بعد : وَبِضِعْفٍ أَوْ جُنْرٍ أَيْسَ مِنْهُ ، فیہ أمور .

أحدها : قوله وعبد قال شراحہ ، نکر العبد لأنه یموز أن یُعْطَى إلی نفقة عبْدٍ واحد للخدمة إن کان ممن یُخْدم وقد بینا ما قاله الرافعی ، والنووی فی جواز إعطائه إذا احتاج إلیهم .

الثانی : قوله قدر حاجته وزوجاته وإن مات لا یَعْنَى أَنَّ قَدَرَ حاجته وحاجة من یمونه یبقى لمن یمونه بل یَعْنَى یمونه بقدر حاجة من یمونه فقط .

الثالث ، قوله : وَبِضِعْفٍ أَوْ جُنْرٍ أَيْسَ مِنْهُ الأصح أنه یعطى هو فی حال حیاته أولى ، كما ذکره فی العزیز والروضة .

وقوله : (وَقِسْطُهُ لِمُدَّةٍ مِنْ مَالٍ جُمِعَ لَوَارِثِهِ) .

أَيَّ وَقِسْطُ الذِي مات بعد مدة له فيها مستحق يصير لوارثه ،
 كطريق الإرث بالإعراض عنه ، سواء مات بعد استكمال المدة المضروبة
 أو في أثنائها ، وإنما يستحق إذا جمع المال فإن مات قبل جمعه
 وتحصيله ، لم يستحق شيئاً وإن مات بعد كمال المدة .

وقوله : وَوَضَعَ دِيواناً ، وَنَدَباً قَدَمَ قُرَيْشاً ، الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ ، ثم
 الأنصار ثم العرب الأسَنُ ، ثم الأسبق إسلاماً ، وهجرة^(١) ، ونصب
 عرفاء .

أَيَّ ويضع ديواناً يثبت فيه أسماء المقاتلة ولا يجوز أن يثبت فيه
 اسم صبي أو مجنون ولا امرأة ولا عبد ولا ضعيف لا يصلح للغزو^(٢)
 كالأعمى والزَّمن ، وإنما هم تبع للقاتل ، إذا كانوا في عياله يعطى
 لهم . وإنما يثبت الرجال المطيقون المستعدون للغزو ، ويستحب للإمام أن
 يقدم في الإعطاء وفي إثبات الاسم في الديوان قرشياً على سائر العرب
 لقربها لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويقدم من قریش الأَقْرَبُ فالأَقْرَبُ ،
 فيقدم بنى هاشم وبنى المطلب لما بيناه أن النبي صلى الله عليه وسلم
 جعلهم في رتبة واحدة . ثم يقدم بعدهم بنى عبد شمس ونوفل أخوى
 هاشم ، ويقدم بنى عبد شمس لأنه أخوه هاشم من أبويه ونوفل أخوه
 من الأب ، ثم بنى عبد العزى ، ثم بنى عبد الدار لأنهما من قُصَيٍّ
 ويقدم عبد العزى ، لأنهم أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم لمكان

(١) هذا ما في أصله كالرافعى ، والمعتمد ما في الروضة ، أنه عند الاستواء يقدم بالسبق في الإسلام ثم بالدين ثم بالنسب
 ثم بالهجرة ، ثم بالشجاعة ثم بتخير الإمام ، ثم بعد العرب المعجم ، ولم يذكره جرياً على أنهم كلهم في مرتبة واحدة ،
 والمعتمد خلافه كما بينته ثم / ف .

(٢) في (ب) لا يصلح للفِر ، يريد بذلك الكروا الفر في الحرب ، وهما بمعنى تقريباً / م .

خديجة رضى الله تعالى عنها ، ثم يقدم بنى زهرة وهو أخو قُصَيٍّ ، وعلى هذا . ثم بعد قريش الأنصار لآثارهم الجميلة فى الإسلام ثم سائر العرب ، وإذا تساوى اثنان فى الرتبة قدّم أسنّهما ، فإن استويا فى السن فأقدمهما إسلاماً وهجرة . ثم بعد العرب العجم ومن عرف نسبه منهم وله سابقة فى الإسلام قدم بها ، وإلا فالتقديم فيهم بالسن وبالفضائل ، ويستحب للإمام أن يُنصَّب عُرفاء فيجعل فى كل عدد يراه عريفاً يعرض عليه أحوالهم ويجمعهم متى شاء ، وقوله فى الحاوى^(١) : قدم ندباً بالهاشمى والمطلبى إلى قوله : ونصّب لكل جمع عريفاً ، فيه أمران .

أحدهما : أنه لم يذكر الأنصار وترتيبهم ، بعد قريش وقبل بنى عبد العزى عند الأكثرين ، وظاهر النص والسرخسى ، وليس كذلك لأنه سوى بينهم وبَيَّن سائر العرب والسرخسى يقدمهم على سائر ولد عدنان .

الثانى : أنه عطف قوله ونصب لكل جمع عريفاً على قوله : ويضع ديواناً يَحْصِيهِمْ ، فأوهم أنّهما فى الحكم سواء ، ونصب العريف مندوب إليه ، ووضع الديوان لازم ؛ لأنه لا سبيل إلى معرفتهم إلا به . وقوله : (وفرق متى شاء ، ورَدَّ ما فضل فيهم ، أو فى مصلحة حرب) .

(١) وفى ح « قدم ندباً الهاشمى والمطلبى ثم الأقرب من الرسول عليه السلام ثم العرب ثم الأسن ثم الأسبق إسلاماً وهجرة ويفرق متى شاء ويضع ديواناً يحصيه ونصب لكل جمع عريفاً » .

أى يفرق الإمام أرزاق المجاهدين من السنة أولها أو وسطها أو آخرها ، وهى أولى من التفريق كل أسبوع أو كل شهر ؛ لأن ذلك قد يشغلهم عن الجهاد ، ولأن الجزية وهى معظم الفىء ، لا تؤخذ فى السنة إلا مرة واحدة ، إلا إن رأى المصلحة فى ذلك ، فإذا قَسَم عليهم على قدر حاجة كلٍّ ، ثم فضل شىء رَدَّ الفاضل فيهم على قدر حصصهم كما يرد الميراث فى ذوى الفروض . وللإمام أن يصرف بعض الفاضل إليهم ، وبعضه فى مصالح الحرب ، كَسَدِّ الثغور وشراء السلاح والكراع ؛ لأنه من مصالحهم .

الغنيمة

وقوله : (وما حصل بإيجاف ، فلمسلم خاطر لا رام من صفٍّ ، سَلَبُ من أسر أو أزال منعتة ، محارباً ، من سلاح وزينة ونفقة ، ومركب وجنيبة مما معه ، وعدتها ، لا حَقِيبَةٌ ورقبته ولا بدُّله^(١)) .

أى المال الذى يحصل بإيجاف الخيل وغيرها ، يعنى الغنيمة التى سبق ذكرها سواء أخذ منهم فى حالة القتال أو استولى عليه بعد الهزيمة عن القتال ، وكانت فى أول الإسلام للنبي صلى الله عليه وسلم ، وعلى ذلك يحمل إعطاؤه منها من لم يشهد الواقعة ، فأول ما يخرج منها السَّلَبُ ، فإنه يختص^(٢) به مستحقه ، فلا يخمسه ، ومستحقه مسلم

(١) أى فداء فلا حق فيها ، بل هما للمسلمين إذ لا يسيان سلباً / ف .

(٢) المسلم حراً كان أو عبداً ذكراً كان أو أنثى صيباً كان أو بالغاً ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلاً فله سلبه » رواه الشيخان ، وروى أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال : « من قتل كافراً فله سلبه » فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً وأخذ أسلحتهم ص ٢٦٢ - ٧ نيل الأوطار .

خاطر بنفسه في قتل كافر ممتنع حال كونه محارباً ، سواءً مقبلاً كان أو مدبراً ، لأن المدبر^(١) في حالة الحرب كالمقبل ؛ إذ الحرب كَرٌّ وَفَرٌّ ، فأما قاتل المدبر بعد هزيمة الكفار ، فلا يستحق سلبه ؛ وكذلك لا يستحقه من لم يُغَرَّرْ بنفسه ، كالرامي من صف إلى صف ، والاسحقاق بكفاية شره أو أسره أو أزال منعه بأن أعماه ، أو قطع يديه أو رجله أو يدا ورجلا ، أو أثخنه ضرباً وطعنًا ، سواءً كان الكافر المقاتل عبداً أو حراً أو صبيّاً أو امرأة ، وكذلك إذا كان المقاتل المسلم ، فإن كان المقاتل ذمياً لم يستحق السلب – وإن قاتل بإذن الإمام . أما السلب : فهو : كل ما مع المقاتل من ثياب بدنه وخف ونحوه ، وما عليه من آلة الحرب ، وكذا ما عليه من الزينة كالطوق والسوار ، وما معه من المركوب وما عليه من العُدَّة كالسرج واللجام والزينة ، وكذلك ، لو قاتل راجلاً ، وهو ممسك عنانه ، لأنه مُعَدٌّ له وكذلك الجنيبة التي تجنب معه ، فإن كان معه جنائب استحق واحداً منها فقط ، ولهذا قال وجنيبة مما معه ، وأما الحقيبة المشدودة على فرسه وما فيها من القماش والحوائج فلا حق له فيها كالمتمخلف عنه في منزله ، ولا حق في رقبته لمن أسره ، ولا في بدله ، إن بيع أو فُودى .

وقوله : (ثم قَسِمُ^(٢) وعقاراً ، الخمس لأهله ، والباقي لمن حَضَرَ

(١) عن أبي قتادة قال : خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم غيبر فرأيت رجلاً من المشركين قد علا رجلاً من المسلمين ، فاستدرت حتى أتته من ورائه فضربته على جبل عاتقه ضربة فأقبل على ففصني ضبة وجدت منها ريح الموت فأرسلني إلى أن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من قتل قتيلًا له عليه بيعة فله سلب » ففقت فقصصت القصة ، فقال رجل : صدق يا رسول الله ، قال : فأعطه فأعطانيه فاتبعت به مخرفاً في بئى سلمة فكان أول مال تأثله في الإسلام ، والمخرف البستان والمخرف بكسر الميم ما يجنى فيه الثمار ض ٢٦١ = ٧ نيل الأوطار .

(٢) أى بعد أخرج السلب والمون اللازمة نحو جال وحارس حيث لا متطوع / ف .

لحرب ، ولو أسيراً عاد وكافراً أسلم ، لا مِنْ مُخْرِزٍ قَبْلَهُ ، وإن مرض
وَتَحَيَّزَ إِلَى فِئَةٍ قَرِيبَةٍ ، أَوْ مَاتَ فَرَسُهُ لَا هُوَ .

أَيُّ ثُمَّ يَقْسَمُ مَا حَصَلَ مِنَ الْغَنِيمَةِ بَعْدَ إِخْرَاجِ السَّلْبِ ، فَيُخَمَّسُ
كَمَا يُخَمَّسُ الْفَيْءُ ، وَالْبَاقِي بَعْدَ إِخْرَاجِ السَّلْبِ وَالْخُمْسِ مِنْهُ لِمَنْ شَهِدَ
الْوَاقِعَةَ بَنِيَّةَ الْقِتَالِ ، سِوَاءُ قَاتِلٍ أَمْ ، لَا لِلْحَدِيثِ ^(١) « الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ
الْوَاقِعَةَ » سِوَاءُ كَانَتْ الْغَنِيمَةُ عَقَاراً أَوْ مَنْقُولاً فَإِنَّهُ يَقْسَمُ لِإِطْلَاقِ الْكِتَابِ
وَالسَّنَةِ ، وَيَسْتَحِبُّ قِسْمَتَهَا فِي دَارِ الْحَرْبِ كَمَا فَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ ، وَمَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ ، وَحِيَازَةِ الْمَالِ لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئاً ،
وَكَذَا قَبْلَ حِيَازَتِهِ عَلَى الْأَصَحِّ ، وَالْأَسِيرُ الْعَائِدُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ إِذَا شَهِدَ
الْحَرْبَ اسْتَحَقَّ سِوَاءُ أُسْرٍ مِنْ هَذَا الْجَيْشِ أَوْ مِنْ غَيْرِهِ وَسِوَاءُ
قَاتِلٍ أَمْ لَا ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَسْلَمَ كَافِرٌ وَخَرَجَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ وَشَهِدَ الْوَاقِعَةَ
يُعْطَى وَإِنْ لَمْ يَقَاتِلْ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدٌ لِإِعْلَاءِ كَلِمَةِ اللَّهِ وَشَهِدَ الْوَاقِعَةَ فَيَقْبَحُ
حِرْمَانُهُ ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ هَذَا ^(٢) مِمَّا يَحْصُلُ بَعْدَ حُضُورِهِمْ ^(٣) ، أَمَّا
مَا أُحْرِزَ قَبْلَهُمَا فَلَا حَقَّ لِهَمَا فِيهِ ، ثُمَّ مَنْ اسْتَحَقَّ بِشُهُودِ الْوَاقِعَةِ فَمَرَضٌ
فِي أَثْنَاءِ الْقِتَالِ أَوْ خَرَجَ اسْتَحَقَّ إِنْ رُجِيَ شِفَاؤُهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ لَمْ يَرْجُ
عَلَى الْمَذْهَبِ ، وَإِنْ حَضَرَ وَانْهَزَمَ نُظِرَ ، فَإِنْ قَصِدَ أَنْ يَنْحَرِفَ لِلْقِتَالِ
شَارِكُ الْجَيْشِ ، وَكَذَا إِنْ تَحَيَّزَ إِلَى فِئَةٍ قَرِيبَةٍ فَيُشَارِكُهُمْ حَتَّى فِيمَا

(١) المروى بن عبادة من الصامت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى بهم في غزوتهم فلما سلم قام إلى بعير من
المقم فتبادل دبره بين أظفله فقال : إن هذه من غنائمكم وأنه ليس لي فيها إلا نصيبى معكم إلا الخمس والخمس مردود
عليكم فأدوا الخيط والمحيط وأكبر من ذلك وأصغر » رواه أحمد في المسند ص ٢٦٠ = ٧ نيل الأوطار .

(٢) الأسير والكافر الذي أسلم وخرج إلى المسلمين وشهد الواقعة / م .

(٣) الأولى بعد حضورهما أي الأسير والكافر الذي أسلم / م .

حازوه بعده ، فإن هرب ، ثم ادعى أنه تحيَّز إلى فئة فقد قيل : إنه يصدق بيمينه ، والأَرْجَحُ أنه لا يصدق إلا إن عاد قبل انقضاء القتال فيشارك فيما حازه الجيش ، وإن حضر الواقعة فمات فرسه لم يسقط حق فرسه ، وإن كان هو الميت سقط حَقُّه على المذهب ، والفرق أن الفرس تابع . وقوله في الحاوى^(١) ثم الخمس كما مرَّ إلى قوله : والكافر إن أسلم ، فيه أمور :

الأول : ثم الخمس كما مرَّ ، لو قال لمن مرَّ كان أولى ، لأنَّ الخمس والفىء ، لا يجوز عنده أن يكون من العقار بل من غلته بعد أن يوقف كما ذكروا ، هذا يقسم عقاراً ، فذوى القربى يأخذون سهمهم عقاراً والباقي في نظر الإمام .

الثاني : قوله والباقي بالعقار لشاهد الحرب يوهم أن الباقي مع العقار كله لشاهد الحرب ، وإن لم يرد ذلك ، وإنما أراد والباقي مع العقار الباقي .

الثالث : قوله الأسير العائد ، والكافر إذا أسلم ، وعطفه على قوله لشاهد الحرب فاقتضى أنه يسهم لهما وإن لم يشهد الحرب وليس كذلك ، بل لا بد من شهوده .

الرابع : إطلاقه في الأسير العائد ، أو الكافر إذا أسلم سهم له

(١) ح «ثم الخمس كما مر وما شرط الأمير باجتهاده لتعطى خطر من مال لمصالح المد أو المأخوذ بعد والباقي بالعقار لشاهد الحرب له وإن مرض أو خرج ليتحيَّز إلى فئة قريبة أو مات فرسه لا هو والأسير العائد والكافر إن أسلم » .

من مال الغنيمة مطلقاً ، وليس كذلك بل ما أُخْزِرَ بعد حضورهما
كما ذكره في العزيز والروضة .

وقوله : (ولا أَجِيرَ عَيْنٍ ، وتاجر ومُخْتَرِفٌ ، إلا إن قاتلوا ، وطرده
مُخَذَّلٌ ومنع) .

أى إذا استأجر الإمام أو أحد الغزاة رجلاً لخياطة أو لسياسة
الدواب ، أو غير ذلك فحضر القتال ، وأدعى أنه حضر للقتال ، نظرت :
فإن كان مستأجراً على عمل في الذمة صدق وأعطى ، لأنه يمكنه أن
يستأجر من يعمل عنه ، وإن استأجر عينه لذلك لم يصدق أنه حضر
للقتال ، نعم إن قاتل استحق وعلمنا أنه حضر له ، واعلم أن الرافعى^(١)
في الوجيز قال : إن كانت لعمل في الذمة بغير تعيين مدة أعطى قطعاً ،
وإن تعلق بمدة معينة باستئجاره شهراً ، فالأظهر أنه إن قاتل أسهم له
وإلا فلا ، قال في المهمات^(٢) لابد في المسألة من شرط وهو أن تكون
الإجارة على العين ؛ لأن العمل إذا كان ديناً في الذمة صح أن نقيم فيه
غيره . فقول صاحب المهمات لابد في المسألة من شرط آخر ، فيه أمران :

الأول أن الرافعى فرض المسألة فيما إذا كانت لعمل في الذمة
فكيف يتصور أن يؤيد في الإجارة على العمل في الذمة شرطاً آخر
وهو أن تكون الإجارة على العين .

(١) أى في شرح الوجيز المسمى « فتح العزيز » راجع ص ٧

(٢) للأسنوى .

الثانى : أنه إذا كانت الإجارة على العين سواء قدرت بالمدة أو بالعمل ، فالعمل مستحق عقيب العقد لا يجوز تأجيله فلا يحتاج إلى الشرط الأول وهو تعيين المدة ، والذي قاله الرافعى : إن الإجارة على العمل فى الذمة إذا تعلقّت بمدة معينة لا يعطى صاحبها إلا إذا قاتل ، اعتراض صاحب المهمات عليه صحيح ؛ لأن العمل إذا كان فى ذمته صح أن يقيم فيه غيره ، وإن كانت المدة معينة ، فالتقييد بإجارة العين كافٍ ، وقد أهمل هذا القيد فى الحاوى . واعلم أن التاجر والمحترف كالحداد والخياط ومن يكتسب فى الجيش لا يصدقون أيضاً أنهم حضروا للقتال حتى يقاتلوا فيعلم أنهم خرجوا لذلك فيعطون ، وأما الممّخذل وهو من يكثر الأراجيف بقوة العدو وشدة الحر وما فى معناه ، مما يثبّط به الجيش ويضعف همهم فإنه لا يعطى شيئاً ، بل يجب طرده من الجيش .

وقوله : (والجيش الغازى وسراياه شركاء) .

أى إذا دخل الإمام أو نائبه دار الحرب وبعث سرية من الجيش فغنمت شاركها الجيش وشاركته ، وكذلك إذا بعث سرايا فكل منها شريك الآخر وشريك الجيش ؛ لأن الجيش كالجامع لهم ، وشرط الغزائى أن يكون الجيش بالقرب من السرية ، بحيث يلحقهم مددّه وعونه إن احتاجوا ، قال الرافعى : ولم يتعرض أكثرهم لذلك بل اكتفوا باجتماعهم فى دار الحرب ، وأما إذا بعث الإمام سرايا من بلاد الإسلام فكل سرية مستقلة بنفسها ، ولا يشاركها الجيش المقيمون ، وقوله فى

الحاوي^(١) : ويشارك الغنيمة السرية جيش الإمام المرصد بالقرب للنصرة فيه أمور .

أحدها : أنه ذكر أن الجيش شارك السرية فيما غنمت ولم يذكر أن السرية تشاركه فيما غنم .

الثاني : لم يذكر أنه إذا بعث الإمام من الجيش سرايا أن كلا منها تشارك الجيش والأخرى ولا بد من ذلك .

الثالث : أنه اشترط أن يكون الجيش قريباً مترصداً للنصرة ، وقد بينا أن ذلك غير مشروط عند الأكثرين .

وقوله : (لراجل سهم ، وذى فرس ، لا رازح وإن غصبه لا ممن حضر ثلاثة ، وباجتهاد رضى^(٢) لغير فرس ولذى أذن له ولم يستأجره ، وعبد وصبي وامرأة أقل من سهم) .

أى : إذا قسمت الغنيمة أعطى الراجل سهمًا واحدًا ، ولا ينقص منه إن زاد على كفايته ، ولا يزداد عليه إن نقص ، ويفضل عليه الفارس بسهمين للفارس ، فيعطى ثلاثة أسهم سواء كان الفارس عربياً أو أعجمياً وهو البرزون ، أو هجينا وهو العربي ابن العجمية ، أو مقرفاً وهو عكسه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم : « الخيل^(٣) معقود في نواصيها

(١) وفى ح « وشارك غنمة السرية جيش الإمام المرصد بالقرب للنصرة » .

(٢) الرضى : العطية القليلة . يقال : رضخت له مالى رضىخة وهو القليل وفى حديث عمر : أمرنا لم برضىخ .

(٣) ولاتباع رواء الشيخان ، ولأنه عليه الصلاة والسلام « فعل ذلك يوم خيبر » رواه ابن ماجه ، وفى رواية لأبي داود

« سهم للراجل والفارس ثلاثة أسهم ، سهمين لفارس وسهم له » وفى لفظ البخارى « جعل للفارس سهمين ولصاحبه سهمًا » ،

وفى رواية ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم « قسم يوم خيبر للفارس سهمين وللرجل سهمًا » رواه البخارى ومسلم ص ٢٦٠ - ٧

نيل الأوطار ، وحديث « الخيل معقود لح » ص ٣٠٥ - ١ صحيح الترمذى .

الخير إلى يوم القيامة » الأجر والمغرم سواء كان الفرس ملكاً للفرس ،
أو عارية أو إجارة أو غصبا ، وهذا إذا لم يشهد مالكة الواقعة ،
أما إذا شهدها فهو تابع له ؛ لأن من شهدها أعطى للفرس وإن لم يقاتل
عليه كما ذكره في الروضة ، ولا يسهم للفرس الرّازح وهو شديد
الهزال والعجف ، وكذا الكسير والهزم والصغير والضعيف ، وأما غير
الفرس من الفيل والبعير والبغل والحمار فيسهم لراكبها ويرضخ لها
لأنها لا تصلح للكر والفر ، فيرضخ للحمار دون البغل والبغل دون
الفيل ، ولا يبلع له سهم الفرس ، ويرضخ للعبد والصبي والمرأة ،
وكذا الذمي إذا خرج بإذن الإمام وإلا فلا ، وهذا إذا لم يستأجر فإن
استؤجر لم يستحق غيرها ، ولا يبلغ بالرضخ سهم الراجل وإن كان فارساً
ولكن يزداد في الرضخ على مثله الراجل ، وهذا الرضخ للجميع باجتهاد
الإمام ، وقوله في الحاوى : وللعبد والصبي والمرأة والذمي - إن أذن
الإمام - سهم ناقص بتقدير الإمام ، ولراكب فرس ملك وغيره ،
لا أعجف ثلاثة أسهم ولغيره واحد ، فيه أمور :

أحدها : قوله : والذمي إن أذن له ليس على إطلاقه ، بل ذلك
إن لم يستأجر ، وإلا فلا يستحق إلا الأجرة .

الثاني : ملك وغيره دخل فيه المصوب وهذا إذا لم يشهد مالكة
الواقعة ، أما إذا شهد صاحبه الواقعة فالسهم له كما سبق بيانه .

الثالث : قوله : لا أعجف ليس كل أعجف يمنع وإنما يمنع
الرازح من العجف .

الرابع : أو لغير واحد ، أراد بالغير الراجل وراكب الفيل ونحوه ، ولم يبيّن أنه يرضخ لهذه الركائب والأصح أن الرضخ مستحق لا مستحب .

وقوله : (وشرط المخاطر أجراً ، من حاصل المصالح ، وكذا مما يحصل إن قدر يُجزى) .

أى : باجتهاد شرط الإمام ، أشار بهذا إلى النفل ، وهو زيادة شرطها الإمام أو نائبه لمن ارتكب في نكاية العدو أو في مصلحة المسلمين خطراً ؛ حيث تدعو الحاجة إليه ، وسواء كان المخاطر واحداً أو جماعة فيفعل الإمام باجتهاد على خطر العمل ، ومحل النفل سهم المصالح ، فإن شرطه من مالها المَعْدُّ فلا بد من تقديره كسائر الأعواض ، وإن كان من سهم الذى يحصل فى الغنيمة قدر بالجزئية ، فيقول ربع ما يحصل من سهم المصالح أو نصفه أو خمسه على ما يراه الإمام ، وقد أطلق فى الحاوى : كونه من مال المصالح المَعْدُّ أو المأخوذ ، ولم يُبيّن أن الأول يقدر وأن التقدير فيما يستقيم بالجزئية .

وقوله : (وقسمت كلاب عدداً ، وإلا أقرع) .

أى إذا كانت فى الغنيمة كلاب ينتفع بها للصيد والزرع ونحوه فأخذها بعضهم ولم ينازع ترك ، وإن نوزع فيها وكانت بعددهم اقتسموها عدداً ، وإن لم يكن بعددهم أخذها بعضهم بالقرعة .

قسم الصدقات

وقوله : (باب^(١)) : الزكاة للفقير ، مَنْ عَدِمَ مَا يَسُدُّ مَسَدًا مِنْ مال ، وقريبٍ وزوجٍ وكسب ، لَمْ يُزَرْ وَمَنْعَ نَفَقَةٍ ، وَلِلْمَسْكِينِ ، مَنْ وَجَدَهُ وَلَمْ يَكْفِهِ ، فَيُغْنِي كُلَّ ، وَصُدَّقَا ، لَا فِي تَلْفٍ وَوَلَدٍ وَلَا يَمِينٍ) .

أَيُّ اعْلَمْ أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ هَذَا الْبَابِ بَيَانُ مَصَارِفِ الزَّكَاةِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى (إِنَّمَا^(٢) الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ . الْآيَةُ) فَهْمُ أَصْنَافٍ ثَمَانِيَةٍ :

الأول : الفقراء وكل من لا يجد ما يسد مسدًا من حاجته فهو فقير ، فمن يحتاج عشرة وله دِرْهَمَانِ أَوْ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ فَقِيرٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَسُدُّ مَسَدًا مِنْ حَاجَتِهِ وَلَا تَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَكَذَا لَوْ مَلَكَ دَارًا يَسْكُنُهَا أَوْ ثَوْبًا يَتَجَمَّلُ بِهِ أَوْ عَبْدًا يَخْدُمُهُ لَا يَزُولُ اسْمُ الْفَقِيرِ عَنْهُ ، قَالَ الرَّافِعِيُّ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَقَالَ : إِنْ الْمَالُ الْمُسْتَغْرَقُ بِالْدَيْنِ كَالْمَعْدُومِ ، وَفِي الْفَتَاوَى لِلْبَغَوِيِّ : أَنَّهُ لَا يُعْطَى حَتَّى يَصْرِفَهُ فِي الدَّيْنِ وَيُعْطَى مِنْ مَالِهِ بَعْدَ أَوْ دَيْنٍ مُؤَجَّلٍ حَتَّى يَصِلَ إِلَى مَالِهِ وَيَحُلَّ دَيْنَهُ ، وَإِذَا كَانَ لِلْفَقِيرِ قَرِيبٌ يُلْزِمُهُ نَفَقَتَهُ أَوْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ غَنَى فَلَا حَقَّ لَهَا ، أَيُّ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ مِنَ الزَّكَاةِ وَلَا مِنَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ وَلَا الْمَوْصَى لَهُمْ بِهِ ،

(١) فِي قِسْمِ الصَّدَقَاتِ : أَيُّ الزَّكَاةِ عَلَى مُسْتَحِقِّيهَا ، وَالزَّكَاةُ : الْقَدْرُ الْمَخْرُجُ مِنَ الْمَالِ عَلَى الْوَجْهِ السَّابِقِ لِأَصْنَافٍ ثَمَانِيَةٍ بِنَصِّ قَوْلِهِ تَعَالَى : « إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ الْآيَةُ » ٦١ مِنْ سُورَةِ التَّوْبَةِ ، وَأَضِيفَتْ فِيهَا الْأَرْبَعَةُ الْأُولَى بِلَامِ الْمَلِكِ ، إِشْعَارًا بِإِطْلَاقِهِ فِيهِمْ ، وَإِلَى الْأَرْبَعَةِ الْآخِرَةِ بَنِي الظَّرْفِيَّةِ إِشْعَارًا بِتَقْيِيدِهِمْ ، حَتَّى إِذَا لَمْ يَحْصُلِ الصَّرْفُ فِي مَصَارِفِهَا اسْتَرْجِعَ بِخِلَافِهِ فِي الْأُولَى عَلَى مَا يَأْتِي / ف .

(٢) آيَةُ ٦١ مِنْ سُورَةِ التَّوْبَةِ .

وإن نَشَرَتِ المرأة لم تُعْطَ على الصحيح ؛ لأنها قادرة على الرجوع ،
إلا إذا كان نشوزها بالسفر فإنها تعطى ما يوصلها بَعْدَ بَذْلِ الطاعة ،
ومن قدر على الكفاية بالكسب وكان لا يَرَى [الاكتساب] لم يعط ،
إلا إذا كان يشغله عن النفقة في [طلب] العلوم الشرعية ، فإنه يعطى
ليتفرغ لذلك ؛ لأنه من الفروض وإن شغله عن الشغل بالصلاة
والصوم و [طلب] لم يعط بل يكتسب ، والاكتساب أفضل من
التخلي للعبادة اتكالا على السؤال ، ولا يرفع عنه اسم الفقير قدرته
على اكتساب لا يليق بمنصبه .

الثانى : المسكين : وهو من يجد ما يسد من حاجته لكنه لا يكفيه ،
فمن احتاج إلى عشرة [فوجد] سبعة أو ثمانية فهو مسكين ، ولا فرق بين
أن يملك نصاباً أو أقل أو أكثر ، والمسكين عندنا أحسن حالا من الفقير ،
بدليل قوله تعالى : (أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ ^(١)) لقوله ^(٢) صلى
الله عليه وسلم : «اللهم أحيى مسكيناً وأميتى مسكيناً» مع أنه كان يتعوذ
من الفقر ، وليس المراد بالحاجة الطعام فقط ، بل يلحق اللبس
والمسكن وسائر مالا بد منه من غير تقتير ولا إسراف ؛ ثم يُعطى كل
من الفقير والمسكين ما يغنيه في عمره الغالب عن السؤال ، ويختلف
ذلك باختلاف الناس ، فيعطى التاجر رأس مال على قدر تجارته
ما يكفيه ربحه غالباً ، والمحترف يعطى ما يشتري به الآلة ، وتُشترى
لمن لا حرفة له ولا تجارة أرضٌ تكفيه غَلَّتْهَا ، ومن ادعى الفقر

(١) الآية ٧٩ من سورة الكهف .

(٢) أى مع تموده عليه الصلاة والسلام من الفقر ص ١٥٨ ج ٤ نيل الأوطار .

والمسكنة صدق بلا يمين ، فإن عُرِفَ له مال وادعى تلفه أو ادعى الفقير عيالا لم يصدق فيهما إلا ببينة، وقوله في الحاوى : وبقولهما كفاية سنة وحلف ندبا إن اتهم ، فيه أمور :

أحدها : قوله : أنهما يعطيان بقولهما ليس على إطلاقه ، بل إذا ادعيا ذلك ، ولم يعلم لهما مالٌ أما إذا كان قد عُلِمَ لهما مالٌ فادعيا تلفه لم يقبل قولهما ، إلا ببينة ، ذكره في العزيز والروضة .

الثانى : قوله : كفاية سنة هذا أوجه ، والأصح أنه يعطى كفاية العمر كما قاله العراقيون ، نص عليه الشافعى رحمه الله تعالى ، نقله الشيخ أبو منصور^(١) المقدسى عن الأصحاب .

الثالث : قوله : وحلف ندباً إن اتهم ، الأصح في العزيز والروضة ، لا يحلف ، بل قال : فإذا قلنا يحلف فهل هو مستحب أو واجب وجهان ، فهذا كما قاله ابن النحوى وجه على وجه .

وقوله : (وللعامل أجرٌ مثلٍ ، كساعٍ فقيهٍ أهلٍ للشهادات وكاتب لا إمام وقاض) .

أى : والزكاة للعامل أيضاً ، وهو ثالث الأصناف ، فالعامل لا يستحق فى الزكاة إلا بالعمل ، حتى لو حملوا زكاتهم بأنفسهم إلى الإمام بطل

(١) الشيخ أبو منصور أحمد بن عبد الوهاب بن موسى الشيرازى . الشيخ أبو منصور الشافعى الواظ تفتقه على أبي إسحاق الشيرازى ، قال ابن النجار : سمع أبا الحسن أحمد بن محمد بن عبدوس بن كامل السراج وأبا محمد بن الحسن بن على الجمبرى وغيرهما ، وروى عنه أبو الفضل بن طاهر الحافظ وغيره ، ولد سنة ٥٤٣٦هـ وتوفى سنة ٤٩٣هـ ١١/٣ طبقات الشافعية الكبرى .

اسمه^(١) ، وليس له منها إلا أجرة المثل ، فإن سماها لهم الإمام قبل الخروج فذاك ، وإن سكت استحقوها ، وإن كان قد سماها لهم أكثر من أجرة المثل بطلت التسمية ، ثم ما زاد على الأجرة رُدَّ على الأصناف ، وما نقص منها كُمل من سهامهم ، فمن جنس العامل : الساعى وأعوانه وهم : الكاتب والقاسم والحاشر ، وهو الذى يجمع أرباب الأموال ، والعريف ، وهو المَعْرِفُ لهم ، والحاسب ، والحافظ ، كل يُعْطَى أُجْرَتَهُ ، وَيُشْتَرَطُ فى الساعى أن يكون ذكراً عدلاً فقيهاً بالزكاة ، ونقل عن بعضهم جواز كونه امرأة مع الكراهية وكلامهم موافق لمفهوم كلام الحاوى ، فإنه قال : أهل الشهادة ، وقد اعترض عليه بعض الشراح ، فقال : لو قال أهل الشهادات لكان أولى لتَخْرُجَ المرأة ، ولا حق فيها للإمام والقاضى ، وأما أجرة الكيال والوزان وعادّ الغنم فعلى المالك ؛ لأنها لتوفية الواجب والتوفية على المالك .

وقوله : (وللمؤلف ، ما رأى الإمام ، وهو ضعيف إسلام ، أو شريف يرجى إسلام نظرائه ، أو مشاعر لكافر ، ومانع زكاة ، كفاناً بمؤنة أقل ، وصدّق الأول) .

أى وللمؤلفة من الزكاة ما رأى الإمام ، والمؤلفة أصناف :

فأولهم : قوم دخلوا الإسلام ونيتهم فيه ضعيفة فيؤلفون بالإعطاء من الزكاة ، لا من سهم المصالح ؛ ليثبتوا فى الإسلام ، وقد أعطى رسول

(١) يريد بطل سهم العامل ويأخذ أجرة المثل كما قاله المؤلف .

الله صلى الله عليه وسلم ، عُيَيْنَةُ بن حِصِين ، والأَقْرَع بن حَابِس^(١) ،
لهذا المعنى .

الثانى : مسلم شريف فى قومه يتوقع بإعطائه إسلام نظرائهم ،
فَيُعْطَى أيضاً من الزكاة ، وقد أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم .
عدى بن حاتم الطائى والزبرقان بن بدر ، لهذا المعنى .

الثالث : قوم مسلمون يراد بتأليفهم أَنْ يجاهدوا من يليهم من
الكفار ، أو من مانع الزكاة فيعطيه الإمام من الزكاة ، لاسهم المصالح ،
ولا من سهم سبيل الله ، وإنما يعطون ؛ حيث إعطاؤهم أهون من بعث
جيش ، وأما الكفار فلا يتألف منهم أحد على الصحيح ؛ لأن الله
تعالى أعز الإسلام .

فالصنف الأول من المؤلف يصدق إذا ادعى ضعف إسلامه بلا يمين ،
ولا يقبل دعوى الشريف الشرف ، ومن يلى الكفار إلا ببينة ، وقوله فى
الحاوى^(٢) بالبينة ، بعد قوله وشريف ، لا يشمل ما بعده ، وهو المتألف
على جهاد الكفار .

وقوله : (وللقاب صحيحُ كِتَابَةِ عجز ، فَيُعْطَى ، أو سيده بإذنه

(١) وأبا سفيان بن حرب وصفوان بن أمية وعباس بن مرادس ، كل واحد منهم مائة من الإبل وروى أيضاً أنه
أعطى علقمة بن علاثة مائة ثم قال للأَنْصار لما عتبوا عليه : « ألا تَرْضَوْنَ أَنْ يَهْذِبَ النَّاسُ بِالشَّاءِ وَالْإِبِلِ وَتَذْهَبُونَ بِرَسُولِ اللَّهِ
صلى الله عليه وسلم ، إِلَى رَحَالِكُمْ » ثم قال لما بلغه أنهم قالوا يعطى صنديد نجد ويدعنا : « إنما فعلت ذلك لَأَتَأْلِفَهُمْ » كما فى صحيح
مسلم ، ص ١٦٦ - ٤ نيل الأوطار .

(٢) وفى ح « والمؤلفة ضعيف النية فى الإسلام بقوله وشريف بإعطائه يتوقع إسلام نظرائه بالبينة والمتألف على
جهاد الكفار » .

دينه ، ولو بتصديق خصم ، أو إشاعة ، كغارم . ولو قبل حلول^(١) ، وَرَدَّ
إِنْ رَقَّ أَوْ أُعْتِقَ وَضَمَّنَ إِنْ تَلَفَ لَا قَبْلَ عَتَقَ .

أى والزكاة للرقاب أيضاً وهذا هو الصنف الخامس ، والمراد : كل
مكاتب صحيح الكتابة عجز عن تسليم ما عليه فيعطى قدر دينه ، كما
يعطى الغارم العاجز عن قضاء دينه ، فإن كان بيده ما يفي بدينه
لم يُعطَ وإلا تم له ، وليس لسيده أن يعطى زكاته إليه لتعود الفائدة
إليه ، ويجوز أن يعطى المكاتب بغير إذن سيده ؛ لأن الاستحقاق له ،
والأحوط أن يصرف إلى سيده بإذنه ، ولا يجوز بغير إذنه لكنه يسقط عنه
من النجوم بقدر ما صرف إليه ، كمن قضى دين غيره بلا إذن ،
فلا يعطى المكاتب والغارم إلا إن أثبتنا أو صدقهما السيد والخصم
أو الاستفاضة ، ويعطى المكاتب سواء حلت النجوم أم لا ، لأنه قد تعذر
الأداء عند الحلول ، فإن عَجَزَ نفسه وَرَقَّ أَوْ أُعْتِقَ تطوعا ، أو أدى
من غير مال الزكاة نظرت ، فإن كان باقياً لزمه رده ، وإن كان تالفاً
وجب ضمانه ، إلا عتق العبد وكان المال قد تلف قبل عتقه فإنه لا يضمنه ،
سواء أتلفه هو أو تلف بآفة سماوية ، ومتى ضمنناه وهو رقيق فالضمان
متعلق بذمته لا رقبته على الأصح .

وقوله : (ولغارم اذآن لإصلاح وإن غنى ، أو لنفسه ولو لإثم ،
فتركه ، أو تاب ، إن أعسر وحل ، كضامن لا بموسر يغرم) .

أى والزكاة للغارم أيضاً وهو الصنف السادس ، والمراد بالغارم

(١) لنجوم الكتابة ، وإنما اشترط الغارم الحلول ؛ لأن الحاجة إلى الخلاص من الرق أهم وأكد ، فتح الجواد .

الذى أدان لأحد هذه الأشياء ، فمن غرم لإصلاح ذات البين من مال نفسه ولم يُدَن له فلا يعطى ، والغرم لإصلاح ذات البين كمن تحمل دية بين قبيلتين متشاجرتين ، وكذا من تحمل قيمة مال فتلف على الأصح فمثل هذا يُعطى لقضاء ما أدان ، وإن كان غنياً بالنقد والعروض ، وأما الذى أدان فى مصالح نفسه وحوائجها فلا يُعطى إلا إذا كان معسراً وأدان لمباح ، كالتفسخ فى المجلس والمأكل والنكاح ، وأما من أدان لمعصية فلا يخلو : أن يصرف ما أدانه فيها ، أو يتركها ويصرفه فى غيرها ، فهذا كما قاله الإمام يُعطى ، وكذا عكسه وهو من أدان لمباح ثم صرفه فى معصية وفيه احتمال للإمام ، وأما من أدان لمعصية وصرفه فيها فالأصح أنه إذا تاب وغلب على الظن صدقه أعطى وإلا فلا ، وإنما يُعطى إذا حلَّ دينه ، أما إذا كان دين الغرم مؤجلاً فإنه لا يعطى على الأصح ، كالضامن بالدين فإنه لا يعطى إلا إن أعسر وكان من ضمن به مُعسراً أو موسراً لا يرجع عليه ، كمن ضمن بغير إذن فإنه يضمن ولا يرجع على الصحيح ، وقوله فى الحاوى^(١) : فإن رَقَّ أو أعتق غرم إلى قوله : قدر دينهما شاهدين ، فيه أمور :

أحدها : قوله : فإن رَقَّ أو أعتق غرم ، فيه تسامح ، فإنه لا يغرم إلا إذا تلف أو غصب ، أما إذا كان باقياً فإنه يجب رده ، فلو قال : ضمن لكان أعم .

(١) وفى « فإن رق أو عتق غرم لا إن تلف قبل العتق والغرم لإصلاح وإن غنى ولو بالنقد ونفسه لمباح إن أعسر والضمان إن أعسر قدر دينها بشاهدين » .

الثاني : قوله : لمباح ، الأصح أنه إذا استدان في معصية لم يشترط إلا التوبة فإذا تاب أعطى على الأصح .

الثالث : أنه إذا استدان لمعصية وصرفه في مباح فالأصح أنه يعطى .

الرابع : إطلاقه أن الضامن لا يعطى إلا إذا أعسر هو والمضمون له ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان له الرجوع على الموسر ، أما من ضمن بغير إذن فإنه يُعطى ؛ لأنه ليس له الرجوع على الأصح .

الخامس : أنه سكت على اشتراط الحلول هنا ، وصرح القونوى في شرحه أنه لا يشترط ذلك على الصحيح ، والذي صححه النوى في الروضة أنه يشترط الحلول وكذلك القمولى في الجواهر ، والفرق بينه وبين المكاتب حيث لم يشترط فيه الحلول ما هناك من الحرص على تعجيل العتق .

وقوله : (ولسبيل الله غاز تطوع ولو غنياً كفايته مع فرس وسلاح ولو عارية) .

أى والزكاة لسبيل الله وهذا هو الصنف السابع ، والمراد كل غازٍ متطوع ولا يأخذ مع المرتزقة من الفى شيئاً ، وأما المرتزقة فلا يعطون من الزكاة ، بل إن عُدِمَ الفى أعانهم المسلمون ، ويعطى المتطوع مع الغنى لقوله ^(١) صلى الله عليه وسلم : « لا تحل الصدقة لغنى إلا لخمسة لغاز في سبيل الله تعالى أو لعامل عليها أو لغارم أو لرجل اشتراها بماله أو

(١) رواه أبو داود وابن ماجه ، وأخرجه الإمام احمد والإمام مالك في الموطأ ، ص ١٦٩ ، نيل الأوطار .

لرجل له جار مسكين تصدق عليه أو أهدي المسكين للفقير ، ويشترى له الفرس وما يحتاج إليه من آلة حرب ، ويملكه إن اتسع المال ورأى ذلك وإلا أعطاه ذلك عارية بحسب المصلحة ، وقوله في الحاوي : يملك أو يعاد الفرس والسلاح والنفقة ، فيه أمور :

أحدها : أنه لم يذكر الكسوة ولا بد منها للغازي كالنفقة .

الثاني : لم تبين مدة النفقة ولا قدرها ، وهي الكفاية التامة مدة الذهاب والإقامة والرجوع ، وقيل : لا يعطى إلا ما زاد على مؤنة الحضر .

الثالث : ما في العبارة من التسهيل ؛ لأن العارية مختصة بالسلاح والفرس دون النفقة ، وهذا ليس من باب اللف والنشر ، واعلم أن تمليك السلاح والفرس وعاريتهما إلى نظر الإمام فإن كان المال كثيراً اشتراهما ، وإن كان المال قليلاً استأجرهما .

وقوله : (ولا بن السبيل ذي سفر مباح كفايته سفره أو إلى ماله) .

أي الزكاة لابن السبيل ، وهو الصنف الثامن ، والمراد به المسافر ، سواء كان مسافراً ، أو أراد إنشاء السفر لغرض مباح كالتجارة والنزعة ، وخص المباح ليدخل الواجب والمندوب من طريق الأولى ، وأما سفر المعصية فلا يعان عليه ، فإذا لم يكن مع المسافر مال ، نظرت : فإن كان معسراً أعطى كفاية مدة سفره ذهاباً وكذا إياباً على الأصح ، ولا يعطى لمدة الإقامة ، بل دام له حكم المسافر ، ويعطى المراكب إن كان شيخاً أو في مسافة القصر ، وإن كان له مال ولكنه غائب نظرت : فإن

كان ماله في طريقه أعطى ما يوصله إليه ، وإلا فكالمعسر ، وقد علم من قوله أو إلى ماله ، ، أن من له مال حاضر لا يعطى ، ويصدق ، وكالفقير من غير بيّنة ، وقوله : في الحاوى : ما يبلغه المقصد ، الأصح أنه يعطى كفاية الإياب أيضاً .

وقوله : (ولا يأخذ بوصفين ، ولا مع رِقْ أو كُفْرٍ) .

أى ولا يأخذ واحد الزكاة ، بوصفين ، اجتماعا فيه ، كالفقير الغارم ، والمؤلف إذا تطوع بالغزو ؛ لأن الله تعالى عطف الأصناف بعضها على بعض ، ومقتضى ذلك التغاير ، نعم نقل النووى عن الشيخ^(١) أبى نصر ، أنه إذا أخذ بأحدهما ثم صرفه إلى الغريم وبقي فقيرا قال : فلا بد من إعطائه من سهم الفقراء ، ولا من فيه رِقْ كالمبعض والمدير إلا المكاتب والكافر ؛ لقوله^(٢) صلى الله عليه وسلم ، « تؤخذ من أغنيائهم وترد في فقرائهم » .

وقوله : (وَحِصَّةٌ مِنْ فُقْدِ ثُمَّ لِمَنْ بَقِيَ وَعَمَّهُمْ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ ،

(١) الشيخ أبو نصر محمد بن هبة الله بن ثابت أبو نصر البندنجى « نزيل مكة ويعرف بفقيه الحرم وكان من كبار أصحاب الشيخ أبى إسماعيل الشيرازى . وكان يتمر في رمضان ثلاثين مرة وهو ضرير وهو صاحب المعتمد قال فيه ليس للشافعى نص في غير الغنم في الحقيقة ، وعندى لا يجزى غيرها ، ج ٨٥/٣ طبقات الشافعية .

(٢) رواه الشيخان ص ١١٤ - ٤ نيل الأوطار ويشير بذلك إلى شرط الأخذ من هذه الزكاة من الأصناف الثمانية التى ذكرها وهو أن يكون مسلما وأن لا يكون هاشميا ولا مطلبيا فلا تحمل لما لقوله صلى الله عليه وسلم « أن هذه الصدقات إنما هى أوساخ الناس وأنها لا تحمل لحمد ولا لآل محمد » رواه مسلم وقال « لأهل لكم أهل البيت من الصدقات شيئا ولا غسالة الأيدي إن لكم في خمس الخمس ما يكفيكم أو يفتيكم » أى بل يفتيكم ، رواه الطبرانى ص ١٧٢ - ٤ نيل الأوطار « وأن لا يكون من موالهم أى موالى بنى هاشم وبنى المطلب فلا تصح لهم على الأصح لحديث « مولى القوم منهم » رواه الترمذى وغيره ومقابل الأصح يقول يصح للموالى لأنه ليس لهم حق في خمس الخمس وقد استغنى بنو هاشم وبنى المطلب بمقتهم في خمس الخمس ولا شيء فيه للموالى أى موالهم / ٥ .

وللمالك اكتفاء بثلاثة من كل صنف غير محصور وقت وجوب وبأقل متمول ، لأحدهم ، ولو غرمًا ولا يُفَضَّلُ صنفٌ .

أى : إذا فُقد صنف من الأصناف فى بلد المال ردّدنا سهمه على الباقيين وإن كان موجوداً فى بلد آخر ، على المذهب ، وعلى الإمام أن يعم آحاد الأصناف ويستوعبهم إن اتسع المال ، وكذا يستحب للمالك إذا فرق بنفسه وأمكنه ذلك ، ويسقط سهم العامل إذا فرق المالك كما يسقط إذا حمل أرباب الأموال الزكاة إلى الإمام ، ويجوز للمالك أن يقتصر على ثلاثة من كل صنف وأن يفاضل ، حتى لو أعطى أحدهم أقل متمول وأعطى اثنين الباقي أجزأه ، ولو أعطاهم الكل غرم للثالث أقل متمول ، وقيل الثالث ، ولا يجوز له الاقتصار على ثلاثة من الصنف إلا إذا كان الصنف غير محصور وقت الوجوب ، فإن كان محصوراً تعين السهم لهم لا يشاركهم فيه من حضر بعد الوجوب ، هكذا جزم به فى العزيز والروضة ، ونقلاه عن صاحب التتمة ، ونقل عن صاحب التهذيب أنه كذلك إذا لم يجز النقل ، قال النووى : الصحيح أو الأصح أنه يجب استيعاب آحاد الصنف إذا كانوا محصورين ، ولكن نقلاً فى المسائل المتفرقة ما يقتضى أنه لا يجب استيعاب المحصورين ، إلا إذا كانوا ثلاثة فأقل ، وهو مشكل من أنهم جوزوا إعطاء الثالث أقل متمول إذا انحصروا استحقوه ، ووجب لكل بنسبة حاجته ، وحاول فى المهمات^(١) الجمع بين الكلامين ، فإنه لا ينحصر فى الثلاثة إلا إذا قلّ المال وإن كثر استوعب المحصورين ،

(١) لى الأسوى .

وهذا لا يرفع الإشكال ، ولو لم يجد من الصنف إلا أقل من ثلاثة فالأصح المنصوص ، كما ذكره النووي ، أنه يرد على من وجد من الصنف إذا بقي استحقاقه ، وهو مفهوم من قولنا ورد حصة من فقْدَ ثمَّ لمن بقي ، وأما الأصناف فلا يجوز أن يفضل صنف بل يقسم فيهم بالتسوية ، نعم ما فضل عن حاجة صنف ، رُدَّ إلى الباقيين ، كما إذا فقد أهله .

حكم نقل الزكاة

وقوله : (ويجزئ عامل ونقله ، لا مالك قبل فقْدِ كَلِّ عن مُستحق بموضع مَالٍ ، أو مؤدَّى عنه فطرة إلى الأبعد وإلى مسافة قصيرٍ ، في خيام اتصلت) .

أى ويجزئ من العاملين عامل واحد إذا كفى بل إذا استغنى عن الواحد سقط كما بيناه ، ولا يجوز نقل الزكاة أى منقولها من موضع المال إلى موضع آخر إذا كان في موضع المال مستحقون^(١) ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم لمعاذ : « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم » واعلم أن النقل إنما يحرم على المالك إذا فرق ، وأما الإمام فإنه تحمل إليه الزكاة يفرقها حيث شاء على الأصح ، والعبرة في الفطرة بموضع المؤدَّى عنه ، فلا يؤدى فطرته في غير الموضع الذى هو فيه وقت الوجوب ، ولو كان في بلد وزوجته وولده وعبد في بلد آخر ، فالأصح أن العبرة بموضعهم لا بموضعه استحقاقها فقراء بلدهم ،

(١) رواه الشيخان ، عن ابن عباس لما بعث معاذاً إلى اليمن ص ١١٤ - ٤ نيل الأوطار .

ولا يجزىء النقل إلى الأبعد وهناك مستحق أقرب ، فإن وجبت الزكاة على أهل خيام ينتقلون وهم مستقرون ، وبعضهم متصل ببعض ، فمادون مسافة القصر في حكم الحضر ، فلا يتجاوز بصرفها عنه ، وهذا مع الاتصال ، وأما إذا انفصل بعضهم عن بعض بالحلل والرعى والماء فلكل أهل موضع حكمه ، وهو مفهوم من قوله : متصل ، ولو دخل وقت الوجوب وهم سائرون يَسْتَحِقُّهَا من معهم من الأصناف ، فإن لم يكن معهم أحد نقلوا إلى أقرب البلاد إليهم وقوله في الحاوى^(١) : وسهم المفقود ولو في بلد للباقيين ، إلى قوله : ثم ينقل إلى أقرب بلد ، عند الوجوب ، فيه أمور :

أحدها : قوله : وسهم المفقود ، ولو قال : وحصة المفقود ، لكان أعم ؛ ليدخل مع أرباب السهام أرباب أجزائها ، فإن الأصح أنه إذا نقص الصنف عن ثلاثة ردَّ حصة من فقد على من وجد من الثلاثة .

الثانى : قوله : ولو في بلد ، صوابه : ولو في البلد ، فإن تنكيره يفسد به المعنى ؛ لأنه يقتضى اشتراط وجود الصنف في كل بلد .

الثالث قوله : (ولو) لا حاجة إليه ، فلو قال : وسهم المفقود في البلد للباقي كفى .

الرابع : وجاز الاكتفاء بعامل وثلاثة من كل صنف ، وليس

(١) وفي ح « وسهم المفقود ولو في بلد للباقيين ويستوجبهم ، وجاز الاكتفاء بعامل ثلاثة من كل صنف والتفصيل في آحاد الصنف ، وإن قنع باثنين غرم أقل متول ، وإن نقل موضع المالك في الفطرة والمال في الزكاة بقى الفرض لا إن عدوا في بلد والكفارة والنذر والوصية . وأهل الخيام مستحقهم من معهم ثم ينقل إلى أقرب بلد ، عند الوجوب » .

الاكتفاء بثلاثة جائز على الإطلاق بل ذلك للمالك خاصة ، أما الإمام فعليه أن يستوعب الجميع إذا أمكن .

الخامس : أنه لا يجوز للمالك أيضاً مطلقاً ، بل ذلك إذا لم يكن في البلد صنف محصور ، فإن كان تعين السهم ، وقد بينا ما في المسألة من الاضطراب .

السادس : والتفضيل في آحاد الصنف ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان المفرق هو المالك ، وأما إذا قسم الإمام والحاجات مساوية فيحرم عليه التفضيل ، كما جزم به الرافعي في المحرر ، ونقله عن العزيز في التتمة ، قال النووي : وهو قوى في الدليل لكنه خلاف مقتضى كلام الجمهور .

السابع : قوله وإن نقل من موضع المالك في الفطرة ، الأصح أن الاعتبار موضع المؤدى عنه لا موضع المؤدى الذي سماه في الحاوى : المالك . الثامن : قوله : لا إن عُدِموا في بلد ، صوابه في البلد ؛ إذ لا يشترط وجودهم في كل بلد .

التاسع : ثم ينقل إلى أقرب بلد عند الوجوب ، مقتضاه أنه إذا وجد الأصناف بعد الوجوب في بلد أقرب من الأقرب يوم الوجوب لم ينقل إليه ، ليس ذلك على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان الموجودون محصورين ، فإن لم يكونوا محصورين فالاعتبار بوقت القسمة ، لا وقت الوجوب ، كما يشعر به كلام الأصحاب ، والنص المذكور في العزيز والروضة .

وقوله : (وجاز نَقْلُ نَذْرٍ وكَفَّارَةٍ وَوَصِيَّةٍ) .

أى : ويجوز نقل هذه المذكورات ؛ لأنَّ الأَطْمَاع لا تمتد إليها كما تمتد إلى الزكاة .

وقوله : (وسيمَ نعمُ صدقةً وفَىءٌ لصغارٍ) .

أى : ويستحب تمييز الصدقة من غيرها بوسم ، لحديث^(١) أنس : « أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم ، بعبد الله بن أبي طلحة يحنكه قال : فوافقته وفى يده الميسم يسم إبل الصدقة » وأن يكون كتابه فى إبل الصدقة صدقةً ، وهو أولى مما قال بعضهم : لله ، احتراماً للاسم الكريم ، وفى نعم النوى صِغاراً أو جِزِيَةً .

وقوله : (وتَطَوُّعُهَا سِراً ، وبرَمَضَانَ وإلى قريبٍ وجارٍ أَوَّلَى) .

أى : ويستحب أن يُسِرَّ بصدقة التطوع ؛ لقوله تعالى^(٢) : « إن تبدو الصدقات ... » الآية وأما رمضان فإنه صلى الله عليه وسلم كان أجود ما يكون فى رمضان ، وأما تخصيص الجار والقريب فإنه صلى الله عليه وسلم حث على ذلك فيهما .

وقوله : (ولا يتصدق بما يحتاجه) .

(١) حديث أنس ص ١٥٧ - ٤ نيل الأوطار وللتباعد فى بعضها فى الصحيحين وقياس الباقى عليه وفيه فائدة تمييزها عن غيرها وأن يردّها واجدها لو شردت أو ضلت ، ويندب أن يكون الوسم وهو الكى فى موضع صلب ظاهر لا يكثر شعره ، والأولى فى الغنم الأذان وفى الأبل والبقر الأفخاذ، ويكره فى الوجه قال فى الروضة : قاله صاحب العدة وغيره ، وقال فى المنهاج : الأصح يحرم وبه جزم البغوى فى التهذيب وفى صحيح مسلم « امن الله فاعله » وروى مسلم عن جابر « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضرب فى الوجه وعن الوسم فى الوجه وأنه صلى الله عليه وسلم مر عليه حمار قد وسم فى وجهه فقال : « لعن الله الذى وسمه » ثم السنة فى نعم الصدقة صدقة أو زكاة وفى نعم الجزية من النوى جزية أو صغار / هـ .

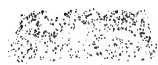
(٢) آية ٢٧١ من سورة البقرة .

أى : لنفقة عياله وذَينَه ونفسه ، وأما ما يحتاجه لنفقة عياله ولقضاء دين لا يغلب حصول ما يقضى به من غيره ، فإنه لا يحل التصديق به ، وأما ما يحتاجه لنفسه فلا يحرم ، لكن إن كان ممن يصبر على الإضاعة فهو مستحب فى حقه ، وإلا فمكروه^(١).

تمت^(٢) الإرشاد بحمد الله ومَنَّه وكرمه وعونه .

(١) وأما قبول الصدقة من غير سؤال فذهب بعضهم إلى وجوب قبولها عملاً بمقتضى الأمر فى قوله تعالى : (فإن طِبَن لَكُمْ مِنْهُ الْآيَةُ ...) ٤ من سورة النساء ، وقوله صلى الله عليه وسلم : « ما أتاكَ من هذا المال وأنت غير مستشرف ولا سائل فخذهُ » . قال فى المنهاج : وتحل لغيره ، وقال فى الروضة ، يستحب للغير التزده عنها ويكره له التعرض لأخذها ، وفى البيان : لا يحل له أخذها مظهرًا للفاقة وهو حسن ، وقال فى الحاوى : الغنى بمال أو صنعة سؤاله حرام وما يأخذهُ حرام وأما أخذ الغنى للصدقة فقالوا : يحل له الأخذ بشرط أن لا يظن الدافع فقره والا فقال فى الاحياء : إن علم الأخذ ذلك لم يحل له تناوله وكذا إذا دفع إليه بعلمه أو صلاحه أو نسبه لم يحل له إلا إذا كان كذلك .

(٢) الأولى تم المجلد الأول من كتاب (إخلاص النواى فى إرشاد ...) لأن الكتاب كما قلت فى المقدمة يشتمل على أربعة أرباع كل ربيعين فى مجلد وهذا تمام الأول والثانى أوله « خصائص الرسول صلى الله عليه وسلم » .



فهرس الكتاب

الصفحة

٣	مقدمة لجنة احياء التراث
٥	الربيع الثانى من كتاب اخلاص النافى فى ارشاد انفاوى الى مسالك الحاوى
٥	البيع
٢٣	بيع الربوى
٥٧	الخيار فى البيع
٨٦	احكام البيع وبها يكون قبضه
٩٧	التولية والاشراك والمراحة والمحاطة
١٠٣	البيع بالفاظ تستتبع غير مسمياتها
١١٣	معاملة العبد
١٢٨	السلم
١٤٦	القرض
١٥١	الرهن
١٨٦	التفليس
٢٠٥	الحجر
٢١٣	انصلح
٢٢٣	الحوالة
٢٢٨	الضمان
٢٤٤	الشركة
٢٤٩	الوكالة
٢٧٣	الاقرار
٣٠١	الاقرار بالنسب
٣٠٧	العارية
٣٢٠	الفحسب
٣٤٦	الشفعة
٣٦٤	القراض
٣٨٢	المساقاة

الصفحة

٣٩٤	الإجارة
٤٢٨	الجعالة
٤٣٣	احياء الموات
٤٤٦	الوقف
٤٦٣	الثبة (والعمره والرقبى)
٤٦٩	اللقطة
٤٨٢	اللقيط
٤٩٥	النرائض
٤٩٩	الاكدرية
٥٠٤	العصبه
٥١٧	الحجب
٥٢٨	الوصية
٥٦٩	الايصاء
٥٧٦	الوديعة
٥٨٨	الفىء
٥٩٥	الغنيمه
٦٠٤	قسم الصدقات
٦١٥	حكم نقل الزكاة

« تم الربع الثاني بحمد الله ومنه وكرمه »
ويليه الربع الثالث — ويبدأ من باب
« ما اختص به الرسول — صلى الله عليه وسلم — من الأحكام »

رقم الابداع بدار لاكتب ١٩٩٠/٣١٨٢

الترقيم الدولى .-٠٠٥٠.٢-٩٧٧ ISBN
